

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG



ÉCOLE DOCTORALE ED101

THÈSE présentée par :

Emmanuelle Vierling-Kovar

soutenue le : **25 avril 2013**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit des affaires

Le contrat de société en participation

THÈSE dirigée par :

Monsieur Jean-Patrice STORCK Professeur à l'université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame Anne-Dominique MERVILLE Maître de conférence HDR à l'université de Cergy-Pontoise

Monsieur Bernard GROSS Professeur émérite à l'université de Nancy

PRESIDENT DU JURY :

Monsieur Michel STORCK Professeur à l'université de Strasbourg

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le professeur Jean-Patrice Storck pour m'avoir proposé un sujet passionnant de thèse en droit me permettant de faire aussi appel à d'autres disciplines et qui, au cours des années écoulées, m'a guidée dans cette entreprise.

Je tiens aussi à remercier tous ceux qui m'ont accompagnée dans cette aventure et tous ceux qui ont commenté le contrat de société en participation. Grâce à leurs conseils et leurs écrits, au fur et à mesure, l'étude sur ce contrat particulier a pris forme.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1. Au 1er janvier 2011, mille six cents sociétés en participation et dix-neuf mille sociétés créées de fait [1] étaient recensées au fichier SIRENE[2] sur plus de deux millions de sociétés immatriculées. On pourrait ainsi supposer que les sociétés en participation appartiennent à « *la paléontologie juridique* ou *aux espèces rares de la botanique sociétaire »*[3], obsolètes et incapables d'évolution. En réalité, bien qu'elles soient l'une des exceptions à la tendance actuelle à reconnaître une personnalité propre aux groupements, dès lors « *qu'il existe des intérêts licites dignes d'être juridiquement protégés »*[4], elles ne doivent pas être considérées comme surannées. En effet, les entrepreneurs ont recours à la société en participation pour des opérations risquées, souvent liées à des produits de haute technologie ou de dimension internationale. Ce contrat a le vent en poupe[5]. Il rentre dans le champ des accords de

---

[1] Exactement mille six cent vingt-huit et dix-huit mille neuf cent trente.

[2] Les statistiques sont établies à partir des nomenclatures de l'INSEE pour les sociétés en participation et créées de fait. Toutefois, il s'agit de celles connues de l'administration fiscale. En juin 2000, il y avait mille cinq cents sociétés en participation et vingt-six mille quatre cent trente sociétés créées de fait. En septembre 2003, elles s'élevaient respectivement à près de mille quatre cents et vingt-six mille. Le nombre des sociétés en participation a donc tendance à rester stable.

[3] D. Danet et C. Champaud, note sous CA Versailles 6 juin 1996, RTD Com, 1997, p.279 : « *la SEP n'appartient ni à la paléontologie juridique, ni aux espèces rares de la botanique sociétaire et elle n'est pas le fait de petits commerçants quelque peu ignorants du droit des sociétés ».*

[4] C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, LGDJ, 2003, p. 284. Voir aussi L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale – son application au droit français*, LGDJ, 1924, notamment le tome 1, chapitre 1 et spécifiquement n°1 p.6 : « *L'idée de droit appartenant à des groupements humains apparaît, non pas aussi facile à expliquer et à justifier, mais aussi fondamentale que l'idée de droits appartenant à des être isolés. Historiquement, elle est au moins aussi ancienne, et il est bien certain que dans les sociétés primitives les droits des groupes ont eu plus d'importance que ceux des individus. Pratiquement, aucune société ne peut se comprendre sans certains droits attribués à des collectivités. On peut différer l'opinion sur l'explication juridique du phénomène. Mais il a un tel caractère de constance et d'universalité qu'il est impossible d'y voir quelque chose d'étrange et d'exceptionnel».*

[4] C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, LGDJ, 2003, p.284. Voir aussi L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale – son application au droit français*, LGDJ, 1924, notamment le tome 1, chapitre 1 et spécifiquement n°1 p.6 : « *L'idée de droit appartenant à des groupements humains apparaît, non pas aussi facile à expliquer et à justifier, mais aussi fondamentale que l'idée de droits appartenant à des être isolés. Historiquement, elle est au moins aussi ancienne, et il est bien certain que dans les sociétés primitives les droits des groupes ont eu plus d'importance que ceux des individus. Pratiquement, aucune société ne peut se comprendre sans certains droits attribués à des collectivités. On peut différer l'opinion sur l'explication juridique du phénomène. Mais il a un tel caractère de constance et d'universalité ».*

[5] Voir par exemple l'article de J.-P. Valadon, « La société en participation, mode d'emploi », *L'Entreprise,* octobre 1999, p.183 : *vous recherchez une solution souple et discrète pour monter à plusieurs une opération commerciale ou financière ? Voici le statut qui vous convient.* Voir aussi le dossier consacré à « la société en participation entre artisans » élaboré par la Chambre de Métiers d'Alsace en février 2004. Voir aussi la multiplicité de sites sur Internet présentant ses particularités et allant pour certains d'entre eux à proposer un *Kit Création* de la société en participation (voir, par exemple) le site de *Job Pratique Magazine* n°10 juin-juillet 1999) : *contenant toutes les explications pratiques pour monter votre SEP, ainsi que les statuts prêts à l'emploi et la déclaration auprès des impôts (obligatoire) ».*

coopération, c'est à dire des « *partenariats sans liens capitalistiques* »[6] ; pour autant, il est défini comme une société[7].

2. La référence à la société en participation figure à l'article 1871 du Code civil : volontairement les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors « *société en participation. Elle n'est pas une personne morale*[8] *et n'est pas soumise à publicité* ». Les associés choisissent alors de créer une société-contrat et non une société-institution. Elle naît, sans existence juridique reconnue, du contrat de société et non d'un enregistrement. De ce fait, « *elle ne prendra pas corps* »[9], bien qu'elle soit conforme aux exigences de l'arrêt du 28 janvier 1954 de la Cour de cassation[10], en raison de l'absence même d'immatriculation.

En conséquence, elle ne dispose à proprement parler ni de dénomination sociale[11], ni de siège social[12]. Surtout elle n'est pas titulaire d'un patrimoine social[13]. Elle ne peut pas ester ou être poursuivie en justice par l'intermédiaire de son « gérant » , en tant que tel[14]. Il nous semble

---

6 S. Urban et U. Mayrhoffer, « Les stratégies de rapprochement des entreprises françaises et allemandes en Europe : tendances et perspectives », publication du CESAG, Strasbourg, janvier 1999, p.27 : les accords contractuels représentent « *22,9 % des accords pour les entreprises françaises et 25,99 % des entreprises allemandes* ». Ces statistiques ont été établies à partir des accords conclus entre 1989 et 1996. Rappelons « *qu'aucun enregistrement systématique auprès des autorités publiques n'est requis en matière d'accords interentreprises* » (idem p.4), hormis la déclaration fiscale. Il est donc particulièrement difficile de les pister.

7 Elle correspond à la notion de société formulée par Pothier : « *la société et la communauté ne sont pas la même chose : la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles ont convenu d'y mettre, c'est une communauté entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi société parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société* », Pothier, *Traité du contrat de société*, p.534, cité par K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, p.436.

8 Par conséquent, elle n'a pas la capacité d'ester, Cass Civ 2ème 26 mars 1997, Droit des Affaires, 1997, p.637.

9 G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, tome 1, 15ème édition par M. Germain , LGDJ, 1993, n°683.

10 Cass Civ 28 janvier 1954, D1954. 217 note G. Levasseur à propos des groupements « *pourvus d'une possibilité d'expression collective, pour la défense d'intérêts licites, dignes par la suite d'être juridiquement reconnus et protégés* » . N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé – éléments pour une théorie*, LGDJ, 2004, n°67 p. 39 : « *la personnalité morale, ainsi définie par Michoud, n'est donc pas une fiction juridique, mais seulement la traduction technique de cette réalité que révèle l'existence d'intérêts collectifs permanents, distincts des intérêts individuels. Toutefois, cet intérêt collectif nécessite un moyen autonome d'expression, une organisation propre à le représenter et le défendre dans les actes de la vie juridique* ».

11 Cass. Civ. 31 mars 1936, DH 1936, 300.

12 Cass. Req. 28 novembre 1904, D 1906 . 1 . 109.

13 Cass. Req. 28 octobre 1940, J Soc 44, 10 ; CA Paris 4 juin 1991, Joly, 1991, p.835 ; en conséquence, « *la société en participation, n'étant pas une personne morale, ne peut être créancière d'une obligation* », selon Cass Com 20 mai 2008 D 2008.1549. Pourtant, la Cour de cassation admet qu'elle puisse, via son gérant, conclure un contrat de travail, selon Cass Soc 22 octobre 2008 n° de pourvoi 07-40368.

14 S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p. 69 : « *la société en participation ne peut être, elle-même, assignée en justice par l'intermédiaire de son gérant et, par la suite, elle ne peut être condamnée… Seuls devront être assignés en justice les associés, et non le seul gérant qui ne saurait représenter un être moral inexistant.* ». Voir par exemple Cass Civ 3ème 15 février 2006 n° de pourvoi 05-10471 ou M.-L. Coquelet sous CA Versailles 22 septembre 2010, Droit des Sociétés, 2010, n°219 : *« étant dépourvue de personnalité juridique, une société en participation ne peut ester en justice et*

que la terminologie la plus adaptée est celle de chef de file, en raison de l'absence de personnalité morale. Néanmoins, les associés vont dans le cadre de la vie sociale lui donner un semblant de vie juridique : un nom et un siège ; en outre, dans le cadre d'affaires internationales, les participants doivent fixer l'Etat d'accueil de la société en participation.

3. Nous tenterons au préalable dans cette introduction, de caractériser le contrat de société en participation à la confluence entre le droit et la gestion puis d'en définir ses éléments constitutifs.

Section 1 : Le contrat de société en participation, à la confluence entre droit, gestion et de comptabilité

4. La société en participation est à la confluence du droit, de la gestion et de la comptabilité. Si généralement il est possible d'affirmer qu' « *entreprise et droit évoluent ensemble sans que l'on puisse déterminer ce qui vient en premier dans un processus d'adaptation mutuelle qui les lie »*[15], la perception de l'accord de participation va différer selon la nature des intervenants. En effet, si « *les économistes étudient principalement les rapports entre les choses et les hommes et traitent les rapports homme-homme de manière accessoire*[16] *»*, les juristes eux se focalisent essentiellement sur les relations humaines et accessoirement sur celles entre les hommes et les choses. *« L'approche est diamétralement opposée*[17] *»*, mais aussi paradoxal que cela paraisse, extrêmement complémentaire[18]. Cette approche est

le président de son comité de direction, bien qu'étant gérant de droit de cette société, n'a pas qualité pour ester en justice ».

[15] J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit*, PUF, collection Que sais-je ?, Paris, 1999, p.5.

[16] M. Capet, « Le droit comme langue essentielle décrivant l'entreprise », in *Droit et Gestion de l'entreprise*, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, IAE de Paris, Vuibert Gestion, ESUG Toulouse, novembre 1993 p.19.

[17] Ibidem.

[18] A. Bernard, « Law and economics, une société idiote ? », D 2008.2806 : *« ce qui compte, c'est la « calculabilité », autrement dit la prévisibilité du droit. Weber (Max Weber Economie et société, tome 2 Plon 1995 p.45) affirme : «* les règles de droit qui s'appliquent à un certain état de choses peuvent être fondamentalement différentes du point de vue des systèmes juridiques fondamentaux, sans que les relations économiques en soient affectées d'une manière tant soit peu importantes *». … Admettre que, comme dans tous les domaines de la vie humaine, la diversité constitue, non seulement une richesse mais aussi une conséquence de la liberté ».*

néanmoins affectée par leur « localisation » juridique[19]. C'est ainsi que « *l'Economique*[20] *se mêle au Droit, ce dernier reconnaissant et qualifiant une situation donnée pour lui faire produire des effets juridiques dont le contenu consiste en une information financière : on ne saurait mieux illustrer les interactions entre les deux disciplines*[21] ». Il arrive qu'une situation économique contraigne le droit, lorsque le mécanisme est innomé, jusqu'à *« remettre en cause les contours de ses catégories traditionnelles*[22] ». Cette remarque a été établie à propos des garanties ; elle nous semble tout à fait appropriée à la société en participation. En effet la vision économiste, en termes de gestion et de comptabilité, modère le caractère social de la société en participation.

5. D'ailleurs quelle est la réalité juridique de la société en participation ? Société à part entière, ce qui implique une nature hybride, à la fois institution[23] et contrat[24] ? Ou simplement une société-contrat ? La question mérite une réflexion juridique, car en tant que société institution, la société en participation peut devenir le débiteur et avoir une caution ; en tant que contrat il devient difficile d'admettre une garantie[25]. Certes, « *les sociétés de personnes sont le domaine de prédilection de la thèse contractuelle »*[26]. La conséquence en est la meilleure prise en considération, par rapport aux sociétés de capitaux, par les juges de la volonté individuelle des associés, étant donné le fort intuitus personae de ces sociétés. En outre, l'évolution du droit des affaires met en évidence une « *contractualisation croissante des outils économiques »*[27]. Mais, force est de reconnaître que la société en participation, en raison de l'absence de personnalité morale, n'est pas une société de personnes comme les

[19] J.-L. Halpérin, « Profils des mondialisations du droit », D 2009.1464 : *« la technologie juridique ouvre la voie aux changements de norme… Comme technologie, le droit n'est qu'une forme et cette forme, inventée en divers lieux à différentes moments de l'histoire, est susceptible de multiples transplants ».*
[20] Néologisme mettant en évidence le caractère pratique, voire pragmatique, de l'économie.
[21] Ibidem.
[22] Ibidem.
[23] S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation,* LGDJ, 2003, n°572 p.248 : op.cit., p.17 : « *la société a un intérêt propre qui se distingue de celui des associés et qui illustre parfaitement la théorie de la société-institution »*.
[24] S.Vacrate idem p.249 : « *la société est aussi un contrat, l'article 1832 du Code civil y fait expressément référence car la création d'une société relève par principe de la rencontre de plusieurs volontés ».*
[25] D. Robine, note sous Cass Com 6 juillet 2010, Joly, 2010, n°187 : *« lorsque le contrat de cautionnement désigne en qualité de débiteur principal, l'entité dotée de personnalité juridique, il est clair que c'est la dette de ce débiteur que la caution a voulu garantir. Par conséquent*, (…), *le cautionnement ne peut être étendu à la dette d'un autre. En revanche, lorsque le débiteur désigné est une SEP, le raisonnement semble pouvoir être différent. En effet, cette société n'a pas la personnalité juridique et n'a pas, contrairement à la société en formation, vocation à y accéder. Il pourrait donc être soutenu que les parties au contrat de cautionnement n'ont pas pu vouloir désigner ce débiteur inexistant mais la personne devant, au final, supporter la dette en application de la SEP ».* Voir aussi M.-L. Coquelet note sous Cass Com 6 juillet 2010, Droit des Sociétés, 2010, n°175.
[26] S. Vacrate idem p. 249.
[27] S. Vacrate idem p.251.

autres. Ces dernières, bien que d'essence contractuelle, sont aussi des institutions, le caractère institutionnel naissant de la personnalité morale. Nous tenterons donc de la caractériser grâce à ces disciplines connexes.
Ce postulat étant posé, nous allons esquisser les contours de la société en décrivant son évolution et en étudiant le droit comparé des sociétés en participation.

Section 2 : Le contrat de société en participation dans le temps et dans l'espace

6. Il s'agit de définir la société en participation par le biais des apports historiques ou géographiques qui l'ont influencée, puis de la confronter avec d'autres contrats relativement proches.

§I) Les apports de l'histoire et de la géographie à la société en participation

7. Pour l'essentiel ils reposent sur l'historique de la société en participation et sur l'existence universelle de cette dernière, sous des appellations diverses, tels joint-venture, consortium…. En effet, la société en participation n'est pas une spécificité française. Comme les opérations internationales nécessitent des structures souples, adaptables et façonnées par les participants, il est dès lors évident qu'elles existent dans différentes législations, quelqu'en soit le type[28]. Les « sociétés » sans personnalité juridique se rencontrent en droit anglais sous le nom de consortium[29] ou partnership. Il s'agit dès lors de joint-ventures non enregistrées. En droit allemand, elle porte le nom de société simple du Code civil ou BGB Gesellschaft, mais elle correspond aussi à la stille Gesellschaft. En droit grec[30] « *l'afanis etaria*[31] *est adaptée pour la construction ou les grands projets industriels mais également pour l'ouverture d'un commerce avec un partenaire grec …* » En droit américain l'accord de joint-venture est

[28] Voir par exemple le droit saoudien : il s'agit d'une *participation discrète* (selon l'appellation de Klaus Langelfeld-Würth) *aux activités d'un commerçant saoudien*, K. Langelfeld-Würth, *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, n°178, GLN Joly Editions, mars 1992.
[29] Le terme de consortium n'ayant pas dans ce cas la même signification juridique qu'en France.
[30] Voir le site « S'implanter en Grèce », www.infoeurope.fr/europe.web/sec.dir/livres/moriou/GRECE/juridem.htm.
[31] αφανησ εταιρια, la société invisible.

« *une combinaison spéciale de deux personnes ou plus, qui recherchent le profit dans une opération commerciale spécifique sans constituer un « partnership » ou une forme de société dotée de la personnalité morale* »[32]. La fondation d'une joint-venture américaine ne demandait initialement aucune formalité. Pourtant, le terme de joint-venture a été étendu dans le cadre du commerce international aux sociétés, même dotées de la personnalité juridique.

1° L'historique et l'évolution de la société en participation

8. Nous étudierons deux formes d'évolution : celle liée à l'histoire de la société en partitipation de l'Antiquité à nos jours, mais aussi celle liée à l'évolution d'une société en société en participation.

a) L'histoire de la société en participation

9. Elle émane directement du droit romain et, notamment, du jus fraternitatis[33], l'ancien consortium entre frères[34] ; elle en reste d'ailleurs fortement empreinte[35]. Plus traditionnellement, il est encore considéré actuellement que « c*ette forme de société est celle qui ressemble le plus à la société du droit romain* »[36]. Il en est ainsi de la responsabilité des

[32] S. Urban et S ; Vendemini, *Alliances stratégiques coopératives européennes*, éditions De Boeck Université, Bruxelles, 1993-1994, p. 221.
Dr S. H. Elsing, K. Langelfeld-Würth, in *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , n°165 et suivants, GLN Joly Editions, mars 1992.

[33] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 1, 15ème édition par M. Germain , LGDJ, 1993, n°891. Selon P.F. Girard, - *Manuel élémentaire de Droit Romain*, réimpression de 1978, p.615 cité par J.Honorat, note sous CA Paris 21 février 1986, RTD Com, 1986, p.1349. Ce principe, ainsi que l'intuitus personae, sont eux-mêmes influencés par des droits antérieurs.
R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1999, n°28 p.27 à propos de la civilisation grecque : « *la responsabilité de l'associé envers ses coassociés est considérée comme plus forte qu'envers les tiers. Il est bien ressenti en effet que chez les Grecs la société repose sur l'amitié (la « philia* » [φιλια]*), principe dont les Romains feront l'intuitus personae* ».

[34] A-E Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français – obligations,* 3ème édition par R. Villers, Précis Dalloz, 1970, p.78.
R. Szramkiewicz, op.cit. n°63 p.40 : « *la société de commerce, à Rome, naît de la société civile, et la société civile, en remontant plus haut, de l'indivision familiale, patriarcale. Pendant longtemps, lorsque le pater familias mourait, ses descendants ne divisaient pas sa propriété, mais restaient ensemble à l'exploiter. C'est cette communauté volontaire, familiale, campagnarde, qui va donner l'indivision civile d'où sortira la société civile, puis ensuite la société commerciale. Donc d'une société familiale on passe à une société entre étrangers, ce qu'on appelle le* « consortium »».

[35] J. Honorat, note sous CA Paris 21 février 1986, RTD Com, 1986, p.1349 ; la Cour d'appel de Paris, le 21 février 1986, citée plus haut, reprend ce même principe de jus fraternitatis.

[36] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 1, 15ème édition par M. Germain , LGDJ, 1993, n°891.

associés inhérente à leur faute de gestion. Toutefois le jus fraternitatis[37] lui-même prend ses racines dans des droits beaucoup plus anciens, notamment le droit d'Hammu-rabi de Babylone[38], dans la première moitié du 18ème siècle, sous la traduction de « contrat d'association »[39].

10. Ainsi, cette société de droit romain se rattache « *au consortium existant entre enfants d'un même pater, restant en communauté familiale, sans division du patrimoine à la mort de ce pater*[40] et *chaque associé*, le consortes, était *tenu d'apporter aux affaires sociales les mêmes soins qu'aux siennes propres (culpa levis concreto) »*[41]. Le jus fraternitatis sous-tend déjà l'indivision[42] ; c'est donc en terme de « *concurrence »*[43], voire de complémentarité que la distinction entre société en participation et indivision se pose. Dès lors, il y a potentiellement une difficulté à distinguer ces deux notions.

Mais elle n'a pas suivi l'évolution vers la reconnaissance de la personnalité morale et est restée au stade du jus fraternitatis[44], à savoir un contrat de participation dans le cadre d'une affaire.

11. En France, comme cette société est considérée pendant longtemps comme un « *simple contrat »* [45], l'ordonnance royale de 1673 ne fait pas mention de la société en participation. En effet cette ordonnance a essentiellement pour vocation de réglementer la forme et la publicité

---

[37] E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1895, n°385-3 à propos de la responsabilité des associés : « *la faute doit être appréciée avec indulgence : l'associé ne répond que de celle qu'il ne commet pas d'ordinaire dans la gestion de ses propres affaires. Cette faveur s'explique, soit parce qu'il y a entre associés, un lien de fraternité, jus fraternitatis, qui fait que leurs obligations réciproques ne doivent pas s'apprécier avec trop de rigueur ; soit parce que chaque associé, en gérant les affaires sociales, gère aussi sa propre affaire ».*

[38] 1792 à 1750 avant Jésus-Christ.

[39] D. Charpin, *Hammu-rabi de Babylone*, PUF, 2003, p.203 : « *Ahum-waqar a porté plainte à propos d'une association contre son frère Puzur-Gula. Les juges ont rendu leur jugement. Ils lui (= à Ahum-waqar) ont réclamé le contrat d'association, (mais il n'y a) ni tablette, ni témoin. Du fait qu'il (= Ahum-waqar) n'a pu produire le contrat d'association et que des témoins ne se sont pas présentés, ils (= les juges) ont déféré Puzur-Gula, à ses dieux, Samas et Gula, pour un serment solennel ».*

[40] A-E Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français – obligations,* 3ème édition par Robert Villers, Précis Dalloz, 1970, p.78.

[41] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 1, 15ème édition par M. Germain , LGDJ, 1993, n°891. Selon P.F. Girard, - *Manuel élémentaire de Droit Romain*, réimpression de 1978, p.615 cité par Jean Honorat, note sous CA Paris 21 février 1986, RTD Com, 1986, p.1349.

[42] A-E Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français – obligations,* 3ème édition par R. Villers, Précis Dalloz, 1970, p.78 : « *les consortes pouvaient sortir de l'indivision et la liquider au moyen de l'actio familias erciscundae qui s'intentait, sous les actions de la loi, par l'arbitri postulatio ».*

[43] F. Deboissy et G. Wicker, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », RTD Civ, 2000, p.225.

[44] Pourtant le droit romain, en évoluant, a reconnu les personnes morales qui avaient un patrimoine, des droits et pouvaient les exercer en justice, selon M. Villey, *Le droit romain*, PUF, collection Que sais-je ?, 1964, n°195.

[45] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 1, 15ème édition par M. Germain, LGDJ, 1993, n°888.

des actes de société et elle ne prévoit que les sociétés de personnes, et qui plus est, celles avec un capital détenu exclusivement par les sociétés et celles ayant besoin de fonds extérieurs[46]. Après 1673, on distingue trois types de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite et enfin, la société en participation, « *cette société d'un moment, inconnue, obscure, et que pour ces raisons les contemporains de Colbert appelaient «* société anonyme » »[47]. Son utilisation correspond à des affaires précises, déterminées et rapides, tels l'armement d'un navire, la guerre de course, la spéculation sur les gains…ou pour « *s'approprier un monopole de quelques moments : achat d'une cargaison, entente pour une vente aux enchères, achat d'un diamant par des bijoutiers réunis…* »[48]. Pourtant, la société commerciale n'a pas été spécialement définie par la doctrine de l'Ancien Régime. Ainsi, « *Pothier, qui écrit pourtant un traité entier sur les sociétés, ne s'intéresse qu'à la société civile et ne consacre presque rien à la société commerciale, qui n'est pour lui qu'une variante de la société civile »*[49].

12. L'ancien Code de commerce de 1807 contient une réglementation assez succincte des sociétés[50] ; sont énumérées les sociétés en nom collectif, en commandite et la société anonyme. La société en commandite peut être constituée en commandite par actions. Quatre articles sont consacrés aux « associations en participation »[51].

Cette qualification d'association en participation[52] peut correspondre à leur caractère de « consortium ». Mais la société en participation n'est pas une association. La distinction jurisprudentielle entre la société et l'association remonte à l'arrêt Caisse de Manigod du 11 mars 1914[53] : « *la société avait pour but exclusif de réaliser des bénéfices en vue de les partager et l'association pouvait avoir pour but les autres combinaisons : faire des bénéfices sans les partager, procurer des économies à ses membres ou avoir une activité totalement*

---

46 R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1999, n°372, p.156.

47 R. Szramkiewicz, op.cit. n°372 p.156 ; P. Didier note sous Cass Com 15 juillet 1987, Revue des Sociétés, 1988, p.70 citant Pothier : « *la société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi compte en participation est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul».*

48 R. Szramkiewicz, op.cit. n°376, p.158.

49 Pothier, *Traité du Contrat de société*, 1764 cité par R. Szramkiewicz, op.cit., n°357 p.150.

50 Articles 18 à 64, dont les articles 51 à 63, relatifs aux contestations entre associés, furent abrogés par la loi du 17 juillet 1856.

51 R. Szramkiewicz, op.cit., n°775 p.307.

52 Pourtant cette appellation perdure dans certains arrêts : CA Paris 21 février 1986 D 1986 jurisprudence 548 note J.Honorat.

53 Cour de cassation chambres réunies, DP 1914.1.257, note L.S : où le bénéfice y est défini « comme *un gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés* ».

J. Pellerin, « La personnalité morale et les formes de groupements volontaires de droit privé », RTD Com, 1981, p 471.

désintéressée », encore que l'objectif de procurer des économies à ses membres n'est plus une particularité des associations.
La société en participation se caractérise par une obligatoire opacité[54]. C'est pour cette raison qu'elle est dénommée « société anonyme », jusqu'au Code de commerce de 1807.

13. Le législateur dans la loi du 24 juin 1921 estime que « *les associations en participation sont des sociétés* »[55]. Ainsi, il leur redonne leur valeur sociale caractérisée dès le droit romain et mise en pratique par la jurisprudence[56]. La raison de cette qualification repose sur plusieurs éléments concomitants. D'une part, la société en participation ne peut plus être considérée comme une simple association ; d'autre part, cette période de l'histoire des sociétés se caractérise par une grande mouvance novatrice, le monde des sociétés étant en pleine création, voire mutation ; enfin, la pratique utilise souvent ce mode d'organisation pour des opérations de courte durée[57]. Dès lors, le caractère de societas de la société en participation est réaffirmé par le législateur de 1921. Pourtant certains praticiens considèrent qu' « *elle n'est pas juridiquement parlant une société, mais bien une association* »[58], en raison probablement de son obligatoire opacité[59]. Le seul tiers connaissant l'existence de la société en participation est l'administration fiscale. En effet, la société doit se déclarer à cette dernière. « *C'était un exemple inattendu où le fisc était le confident obligé d'une société secrète ; il en est encore aujourd'hui lorsque la société en participation opte pour la clandestinité fiscale* »[60].

---

[54] Cass Req. 30 juillet 1907, J Soc, 1908, 350, Cass Crim 28 mars 1908, J. Soc, 1908, 352, et CA Paris 12 décembre 1950, J. Soc, 1952, 93 citées par G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 1, 15ème édition par M. Germain , LGDJ, 1993, n°892.
[55] Ancien article 44 du Code de commerce.
[56] Cass Civ 21 mars 1876, D 1876.I.198 à propos d'une société non révélée aux tiers .
[57] Législation, rapports et discussions, D 1921.IV.161 : « *elle permet de mener à bonne fin des entreprises qui ne demandent qu'un effort momentané. L'association en participation a pris de nos jours une importance considérable…. Malgré son ancienneté et une utilité pratique incontestable, l'association en participation n'était jusqu'à la présente loi que très imparfaitement réglementée…. La présente loi a pour objet de combler cette lacune. Elle consacre des principes admis depuis longtemps par une doctrine et une jurisprudence presque constantes et que l'expérience a déjà éprouvées* ».
[58] L. Parisot, *Le petit avocat conseil, manuel élémentaire de droit usuel et pratique*, revu et complété par L. Klecker de Balazuc-Barbazan, Albin Michel, Paris, mai 1927.
[59] « *Les conditions essentielles de l'existence des associations en participation sont au nombre de cinq (article 44 nouveau) :*

- *elles ne doivent pas être révélées aux tiers ;*
- *elles ne sont pas soumises aux formalités de publicité prescrites pour les autres sociétés de commerce ;*
- *c'est en son nom personnel que chacun des associés contracte avec les tiers ;*
- *elles ne constituent pas de personne morale ;*
- *et il s'ensuit qu'il ne saurait être émis de titres cessibles ou négociables au profit des associés* ».

J. Autesserre, « Associations en participation et sociétés de fait », Revue des Sociétés, 1963, p. 241. Une société en participation révélée dégénérait en société de fait.
[60] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 16ème édition, Litec, 2003, n°1542.

14. Par la loi du 24 juillet 1966, le législateur entérine le caractère social en substituant la terminologie de société à celui d'association[61]. Elle conserve néanmoins dans son article 419 le caractère obligatoirement occulte de la société en participation, consacrant ainsi le droit jurisprudentiel antérieur.

15. La loi du 4 janvier 1978 entraîne une révolution dans le droit des sociétés en participation : d'une part, elle les « *retire de la loi du 24 juillet 1966, pour les faire entrer dans l'article 1871 nouveau du Code civil* » [62], d'autre part elle « *rend applicable les dispositions du chapitre III aux sociétés créées de fait* »[63], et enfin, elle reconnaît la possibilité de créer des sociétés en participation ostensibles[64]. C'est un bouleversement considérable qui permet, entre autres, de constituer des joint-ventures purement contractuelles et d'en faire le cas échéant un argument de communication.

16. La dernière grande réforme légale de la société en participation est réalisée par la loi n° 90. 1258 du 31 décembre 1990 qui crée la société d'exercice libéral, la SEL. Cette dernière permet aux professionnels libéraux d'exercer leur profession dans le cadre d'une société commerciale, tout en aménageant notamment les règles[65] générales du droit des sociétés en participation[66]. Lors des débats parlementaires, Jacques Toubon désire au moyen d'un amendement[67] rejeté, intégrer en droit français la partnership anglaise en faisant bénéficier à

---

[61] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux* , Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996.

[62] J. Guyénot, « Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi n°78-9 du 24 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil » Gaz. Pal. du 25 juillet 1978, p. 386.

[63] Ibidem.

[64] Cet ajout a été introduit au stade de la Commission mixte paritaire, « *lorsque M. Foyer présenta, à la réunion du 30 septembre 1977, des propositions tendant à créer deux types de sociétés* », selon Y. Chartier in « Remarques sur la société en participation » RTD Com,1979, p. 637.

[65] Pour un exemple d'aménagement des règles : la dissolution des sociétés en participation à durée indéterminée est écartée ; M. Jeantin « Commentaire de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral » JCP, Ed E, 1991, 213 n°51.

[66] Idem. Voir aussi l'application jurisprudentielle où la Cour de cassation admet dans les statuts d'une société de vétérinaires la clause compromissoire, Cass Com 5 octobre 1999 Joly 2000 p.215 note J.-J. Daigre ; voir aussi « Les conditions de création d'une société créée de fait par des SCP » d'avocats, selon J.-J. Daigre JCP, Ed. E, 1999 . I. p.1197, les SEL ne pouvant pas être constituées par des personnes morales, selon la Cour d'appel de Paris 2 novembre 1998, JCP, Ed. E, 1998 panorama p.1905.

[67] Amendement présenté en première lecture à l'Assemblée Nationale, accepté par la Commission des Lois et finalement rejeté par la représentation nationale, JOAN 21 juin 1990 p.2737 et J.-J. Daigre « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles » Joly, 1991, p.369.

ses membres d'avantages fiscaux[68]. Une telle société permet d'adjoindre en tant qu'associés des collaborateurs salariés. Notons que les tribunaux civils restent compétents pour une activité libérale exercée dans le cadre d'une SEL[69].

17. La loi MURCEF du 11 décembre 2001[70], relative aux sociétés de participations financières de professions libérales (SPFPL), complétée par la loi du 11 février 2004[71] réformant le statut de certaines professions libérales, permet la prise de participation dans tout groupement de droit étranger dès lors qu'il a pour objet l'exercice d'une même profession. « *On voit que la délimitation est large, la notion de groupement ayant été préférée à celle de société pour englober les entités qui ne sont pas forcément des sociétés, tels que les partnerships anglais »* [72]. Cette modification législative du 11 février 2004 est une possibilité d'ouverture à l'international pour les professions libérales, dont certaines sont confrontées à une européanisation, voire à la mondialisation de leurs activités.

18. La modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées permet l'interprofessionnalité capitalistique au sein des professions juridiques. *« Les SPFPL pourront désormais avoir pour objet la détention des parts sociales ou actions de société d'exercice de deux ou plusieurs professions d'avocat, de notaire, d'huissier de justice ou de commissaire-priseur judiciaire, ainsi que la participation à tout groupement de droit étranger ayant pour objet l'exercice de l'une ou de plusieurs professions »*[73]. Cette évolution peut favoriser la mise en place d'une synergie capitalistique professionnelle[74].

b) L'évolution de certaines sociétés en sociétés en participation

---

68 Notamment la déductibilité fiscale des intérêts des emprunts souscrits pour l'exercice de l'activité, J.-J.Daigre, « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles » Joly, 1991, p. 369.
69 J.-J. Daigre, « Objet passe forme, de la nature civile des SEL » JCP, Ed E, 1998, 213.
70 Loi MURCEF n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier.
71 Loi n°2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires, juridiques, des experts-comptables, des conseils en propriété industrielle et des experts en vente aux enchères publiques.
72 J.-J. Daigre, « Les sociétés de participations financières de professions libérales s'ouvrent aux activités accessoires et s'étendent à l'étranger », Joly, 2004, p.455.
73 Eclairage. La modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées : aspects de droit des sociétés, Joly, 2010, p.806 ; loi n°2011 – 331 du 28 mars 2011.
74 E. Alfandari, « La médecine libérale : quel avenir ? », Revue de droit sanitaire et social, 2012, p.965 : *« on s'orientera sans doute vers des « holdings », où les professionnels libéraux seront associés à des investisseurs financiers (ce qui inquiète l'auteur) ».*

19. Par la suite les réformes successives de l'immatriculation[75] élargissent par ricochet le champ d'action des sociétés en participation[76]. Certaines formes sociales dans l'obligation de s'immatriculer ont ainsi dérivé en société en participation ou en société créée de fait. C'est le cas pour les SARL non immatriculées[77]. Il en a été de même des sociétés civiles, par application de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Ces sociétés doivent procéder à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. En effet, amorcé par la loi du 4 janvier 1978, « *le déclin de la conception contractuelle de la société civile est indissociable de l'institutionnalisation de la société »*[78]. Les sociétés antérieures à la loi devaient « *sortir de la clandestinité avant le 1er novembre 2002 »*[79]. Selon le Garde des Sceaux[80], les sociétés qui n'ont pas procédé à cette formalité deviennent dès lors des sociétés en participation. L'article 4 quatrième alinéa de la loi du 4 janvier 1978 prévoit que, par dérogation à l'article 1842 du Code civil[81], les sociétés civiles non immatriculées deux ans après l'entrée en vigueur de la loi conservent leur personnalité morale. Avec la loi NRE[82] elles perdent le bénéfice de cette exception. Cette solution certes pratique n'est guère heureuse sur le plan de la logique juridique. Elle entérine la volonté des associés de conserver à leur société la prééminence contractuelle, mais elle a aussi pour effet de transformer une société dotée de la personnalité morale en société dépourvue de cette dernière avec quelquefois des conséquences immobilières inattendues et particulièrement

---

[75] Décret du 9 août 1953 et la loi NRE du 15 mai 2001 ; voir aussi Cass Com 3 avril 2012 n° de pourvoi 11-14097.

[76] A. Reygrobellet, note sous Cass Com 3 avril 2012, Revue des Sociétés, 2012, p. 688 : « *l'offre de contracter faite au nom d'une société, identifiée sous un numéro SIREN inexsitant, ne produit aucun effet de droit, dès lors que l'existence juridique et la capacité à contracter de la personne morale ne sont pas démontrées. La demande en justice, formée au nom de la société sur la base d'une assignation qui reproduit cette erreur, est irrecevable* ». A notre avis, cette société est dès lors devenue une société en participation.

[77] Cass Com. 3 mai 1984, Revue des Sociétés, 1985, p. 87 note Y. Chartier à propos d'une société à responsabilité limitée qui, contrairement au décret 9 août 1953, ne s'était pas fait ré-immatriculer. Il faut néanmoins que l' affectio societatis soit présent : « *si l'existence ou l'intensité de l'affectio societatis, qui est l'application sociétaire de la volonté contractuelle, perd de son importance dans le cadre de la société-institution, elle conserve son rôle déterminant lorsque, l'institution s'effaçant, le contrat ré-apparaît* » , selon F. Dekeuwer-Defossez, note sous Cass Com 7 décembre 1981 et 26 octobre 1981, Revue des Sociétés, 1982, p.858.

[78] P. Corlay, « La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles », RTD Com, 1981, p.233 : « *la société civile n'était qu'un simple contrat ; elle n'avait pas d'existence juridique à l'égard des tiers ; c'était donc les associés, et eux seuls, qui étaient tenus des dettes sociales, et le Code civil faisait application de la théorie générale des obligations dans les rapports entre les associés et les tiers*».

[79] G. Daublon et B. Gelot, « Libres propos sur la non-immatriculation des sociétés civiles anciennes », Defrénois, 2003, p.889.

[80] Réponse ministérielle JO du 14 février 2002, Joly, 2002, p.41.

[81] « *Les sociétés autres que les sociétés en participation… jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* ».

[82] Loi relative aux Nouvelles Régulations Economiques.

épineuses[83]. *« Ses actifs se sont trouvés, dès lors, transférés de plein droit aux associés. Si, après le 1[er] novembre 2002, ces mêmes associés procèdent à son immatriculation, les actifs reviennent alors dans le patrimoine social »*[84]. Seul subsiste le contrat de société, loi des participants, mais la société a perdu sa personnalité morale[85].
Une autre théorie[86] consiste à analyser la première mutation en dissolution de la société. Néanmoins, les principes créateurs de la société restent présents, notamment les apports initiaux et la répartition des bénéfices et des pertes. L'affectio societatis reste un point plus obscur, car il est vrai qu'il appartient aux associés de l'époque de procéder à l'immatriculation s'ils désirent conserver cette personne morale[87]. Dès lors la dissolution de la société implique de procéder aux formalités de liquidation[88]. Cette théorie quelque peu complexe a un lien commun avec la première, à savoir la conformité avec le contrat initial liant les parties.
Une troisième voie peut aussi être envisagée : l'indivision, non exclusive des deux autres. Lorsque la société disparaît l'indivision peut prendre sa place. « *S'il n'y a plus personnalité morale, ni contrat, que reste-t-il en effet ? Une masse de droits – réels ou personnels – et d'obligations, dont tous les porteurs de parts sont cotitulaires en même temps : autrement dit, une indivision»*[89]. C'est ainsi que l'administration qualifie les sociétés non inscrites dans les délais, lesquelles sont dévolues aux associés personnellement. Cette position fiscale a l'avantage de la flexibilité[90], situation de toute façon à la confluence d'une société en participation ou d'une société créée de fait.

20. Au stade de la formation les sociétés avec personnalité morale peuvent aussi se transformer en société en participation ou en société créée de fait[91] lorsque leur activité est

---

[83] CA Paris 27 février 2008, Joly, 2008, n°150 note J.-P. Garçon : *« juridiquement les associés sont devenus coindivisaires «* à l'insu de leur plein gré *»».*
[84] G. Daublon et B. Gelot, « Libres propos sur la non-immatriculation des sociétés civiles anciennes », Defrénois, 2003, p.889 : « *le tout avec les conséquences fiscales que ne manqueraient pas d'entraîner ces deux mutations successives ».*
[85] Voir par exemple : http://www. jss.fr/Info012003_01.htm à propos du la circulaire du Ministère de la Justice 26 décembre 2002.
[86] B. Saintourens, « Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques », Defrénois, 2001, p.1465.
[87] G. Daublon et B. Gelot, « Libres propos sur la non-immatriculation des sociétés civiles anciennes », Defrénois, 2003, p.889.
[88] Ibidem.
[89] J. Honorat, note sous Cass Civ 3[ème] 7 mai 2003, Defrénois, 2004, p.982.
[90] Ibidem.
[91] Cass. Com. 17 mai 1989, Joly, 1989, p. 628, D 1989 IR 185 et Revue des Sociétés, 1990, p.32 note Jean-Pierre Sortais : « *la distinction des deux situations n'est pas facilitée par le fait qu'il faut ajouter une certaine dose de relativité : en effet, le même groupement peut être, à l'égard de certains de ses membres, une société en formation et, à l'égard d'autres, une société créée de fait ».*
Cass Com 26 mai 2009, Joly, 2009, n°189 : *« faute d'avoir été immatriculée, la société en nom collectif, dont l'activité a dépassé l'accomplissement des simples actes nécessaires à sa constitution, est devenue une société*

effectuée, sans immatriculation, « *de manière durable et importante* » [92]. Rappelons que la société en formation « *n'existe pas dans ses rapports avec les tiers tant que les formalités de publication n'ont pas été accomplies* »[93]. Dès lors, dépourvue de personnalité morale, comme pour les sociétés en participation ou créées de fait, elle ne bénéficie pas du droit d'ester en justice[94].

21. Pour le juge il faut aussi, outre la durée, déterminer la nature des actes accomplis durant la période litigieuse[95] : s'agit-il ou non de « *diligences accomplies par les dirigeants pour obtenir l'immatriculation* »[96] ? Pourtant l'état d'esprit reste profondément différent. La société en formation implique la volonté extériorisée des associés de s'associer : « *la société en formation ne peut, en théorie, se voir qualifier de société créée de fait, parce que* [cette dernière] *se caractérise par le fait que n'existe aucune intention de s'immatriculer, ou même seulement, de constituer une société* »[97]. Ces arguments peuvent bien évidemment s'étendre à la société en participation, hormis celui sur l'absence de volonté de constituer ladite société. En effet, elle se caractérise par l'intention de créer l'aventure en commun, comme la société en formation. Néanmoins, il peut arriver que coexistent une société créée de fait et une société en formation[98].

Ainsi, pour le professeur Michel de Gaudemaris, la société en formation peut « dégénérer » en société en participation, alors que, pour le cas d'une société créée de fait, il s'agirait plutôt d'une société sui generis[99], en raison de l'absence de volonté structurante à la base de la société créée de fait.

---

créée de fait. Peut donc être condamné au remboursement du prêt contracté pour le compte de la société l'associé qui a laissé croire au prêteur qu'il entendait s'engager à son égard ».

[92] CA Paris 13 mai 1997, RJDA, janvier 1998, n° 51 ; Cass Com 20 novembre 1990, Joly, 1991, p.204 note P. Le Cannu : « *des éléments permettraient de conclure à la renonciation au désir d'immatriculation* », D1990 IR 299 et Revue des Sociétés, 1991, p.71.

[93] C. Champaud et D. Danet note sous CA Paris 24 septembre 1991, RTD Com, 1992, p .808.

[94] Cass Com 7 juin 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.38 : « *de sorte que son appel est irrecevable* ».

[95] Cass Com 20 février 2007, Joly, 2007, n°275 note P. Mousseron : « *on pourrait essayer de caractériser une phase qui sans être une société créée de fait, laquelle suppose réunis les éléments constitutifs de la société, serait davantage que de simples pourparlers non contraignants dans la mesure où des relations seraient nouées avec des tiers… La Cour de cassation paraît peu réceptive à l'invocation de ce statut intermédiaire, entre pourparlers d'une part et la promesse de société ou la société créée de fait d'autre part* ».

[96] P. Le Cannu sous CA Bordeaux 14 mai 1990, Revue des Sociétés, 1990, p.591.

[97] I.Tchotourian , *La société en formation*, Juripole de Lorraine, p.11.

[98] Cass Com 4 décembre 2001, note F.-X. Lucas, JCP, Ed E, 2002, 594 à propos d'un projet, datant de juillet 1991, de constituer en février 1992 une filiale commune entre une société française et une société hollandaise. L'immatriculation de la filiale commune n'eut jamais lieu malgré une réelle activité commerciale. Pour la Cour de cassation, « *l'activité développée par les parties dépassait l'accomplissement de simples actes nécessaires à la constitution de la filiale commune en formation* » Dès lors, elle constate que le projet peut être analysé en société créée de fait.

[99] M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et société », Revue des Sociétés, 1991, p.465.

22. La transformation de la société en société en participation implique le dépassement « d'un délai raisonnable » afin d'effectuer les opérations d'immatriculation[100]. Pour le professeur Deen Gibirila[101], la modification en société créée de fait implique la renonciation des associés à adopter la forme sociale initiale en continuant vis-à-vis des tiers, à se comporter comme des associés. Son analyse semble pour autant plus adaptée à une société en participation qu'à une société créée de fait. En effet, la société créée de fait n'intègre pas la « conscience d'être » des associés, élément certes psychologique mais fondamental, pour distinguer les sociétés en participation et les sociétés créées de fait.

23. Un Groupement d'Intérêt Economique (GIE) peut lui aussi « se métamorphoser » en société en participation[102], bien que l'état d'esprit des coopérants qui transcende sa création ne soit pas l'affectio societatis, mais l'affectio cooperationis. En effet, un GIE n'a en principe pas d'activité propre, mais développe une synergie entre ses membres. « *Le contrat de GIE est essentiellement une entente* »[103]. La requalification d'un GIE en société en participation implique toutefois un préalable essentiel : l'existence de ce que les juges qualifient d'apports[104] et surtout l'intention de créer une entreprise commune[105]. La Cour de cassation a aussi admis l'existence d'un GIE créé de fait, « *les parties à l'affaire n'éprouvant pas le besoin de mettre en place une structure juridique* »[106]. Enfin, lorsque le GIE est irrégulier « *il dégénère en société de fait* »[107].

---

[100] Paillet V.E., « L'activité de la société en formation », Revue des Sociétés, 1980, p.489.
[101] D. Gibirila note sous Cass Com 7 avril 1992, Petites Affiches, 10/12/93, p.143.
[102] CA Paris 4 juin 1991, Joly 1991, p. 835, note J. Guirec-Raffray.
[103] B. Geisenberger, « GIE et sociétés de fait », Revue des Sociétés, 1971, p.339.
[104] CA Paris 4 juin 1991, Droit des Sociétés, 1992, n° 1, note T. Bonneau.
[105] CA Colmar 18 mars 2008, Joly, 2008, n°128 note F. Dannenberger : *« dès lors que les membres du groupement n'ont jamais eu l'intention de créer une entreprise commune, mais simplement de regrouper leurs achats au sein d'une structure qualifiée de groupement d'intérêt économique, destinée à procurer des économies à ses membres, il n'est pas possible de reconnaître dans la constitution de ce groupement de fait, la création d'une véritable société de fait au sens des article s 1873 et 1832 du Code civil ».*
[106] Cass Com 17 janvier 1997, Bull Civ IV, n°6 et D97 Som 232, note du Professeur Hallouin, à propos de joailliers : « *l'activité du GIE, même de fait, se situe dans le prolongement de l'activité économique de chacun de ses membres* ».
[107] Y. Guyon note sous T Com Paris 23 février 1979, JCP, 1970.II.16335.

2° Quelques éléments de droit comparé

24. L'appellation de joint-venture[108] est née aux Etats-Unis. Elle correspond juridiquement à un accord de participation américain[109]. Sa souplesse et son adéquation à la diversité des espaces internationaux ont eu pour conséquence d'internationaliser cette dénomination pour évoquer toute aventure en commun dont les participants sont de nationalités différentes, en vue d'un projet déterminé avec mise en commun de moyens et de risques.

Nous envisagerons donc un aperçu des diverses sociétés en participation, notamment au regard de la législation américaine, anglaise et allemande. Ce choix d'opportunité est dû, pour la première à l'internationalisation de la dénomination, la seconde aux pools bancaires, notamment les euro-crédits, et la troisième à son aspect transfrontalier.

Le choix d'opportunité que nous avons réalisé nous amène ainsi à étudier deux droits anglo-saxons et un droit romain germanique. Mais ces accords de participation se trouvent dans nombre d'Etats, notamment européens : l'association en participation et l'association momentanée de droit belge[110], la société simple de droit suisse[111], le consorzio de droit italien[112]….

---

[108] Dont la traduction française est « aventure en commun ».

[109] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004, p.11 : « *les joint-ventures sont connues depuis longtemps aux Etats-Unis. D'abord baptisées (joint) adventures, ou syndicates, elles se sont développées sous l'appellation de joint-ventures dans les années 1910 à 1930, époque à laquelle certaines juridictions américaines leur reconnaissaient le caractère de relation sui generis. Elles ont ainsi servi à désigner une relation d'origine purement contractuelle entre deux ou plusieurs personnes qui souhaitent collaborer à une opération spécifique et transitoire, acceptent de mettre en commun leurs biens ou leur industrie à cette fin, et s'obligent à partager les bénéfices et les pertes en résultant. C'est pourquoi il a été soutenu que la joint venture est un* « accord de droit américain »».

[110] M.Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Lamy 1989, p.54 à 56 : l'accord de coopération peut « *prendre la forme de l'une des deux sociétés sans personnalité juridique instituées par l'article 150 de la loi belge du 18 mai 1973, devenu l'article 175 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales : l'association en participation et l'association momentanée d'entreprises. L'association en participation présente toutes les caractéristiques de la société en participation de droit français. Aux termes des dispositions de l'article 175 de la loi belge, «* l'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. Les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité *». L'article 177 de la même loi ajoute que ces associations «* ont lieu entre les associés pour les objets, dans les formes avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre eux ». *Enfin, l'article 192 précise que «* les associés momentanés sont assignés directement et individuellement. Il n'y a entre les tiers et le participant, qui est tenu dans les termes d'une simple participation aucune action directe »».

[111] Elle figure au titre 23 du Code suisse des obligations aux articles 530 à 551. Selon l'article 530, « *la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. La société est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi* ». Selon l'article 543, « *l'associé qui traite avec un tiers pour le compte de la société, mais en son nom personnel, devient seul créancier ou débiteur de ce tiers. Lorsqu'un associé traite avec un tiers au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers qu'en conformité au règles relatives à la représentation. Un associé est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers dès qu'il est chargé d'administrer… »*.

a) Le droit allemand des sociétés en participation

25. La notion de société dans le Code civil allemand est proche de celle du Code civil français. Selon le paragraphe 705, « *par le contrat de société, les associés s'engagent réciproquement à agir en vue d'atteindre un but commun de la façon prévue au contrat, notamment de fournir les apports convenus* ». Diffère dans la présentation générale des sociétés, l'absence de notion de participation aux bénéfices ou aux pertes.

La société en participation allemande reprend l'ambivalence française. Tantôt ostensible, il s'agit dès lors de la société du Code civil. Tantôt occulte, elle prend dès lors la dénomination ou de société du BGB ou de *stille Gesellschaft*.

La société en participation allemande est un groupement de personnes[113], une société de personnes de droit allemand, quel que soit son régime juridique, société du BGB[114] ou *stille Gesellschaft*. Néanmoins, contrairement au droit commercial français, toute société de personnes allemande est en principe dépourvue de personnalité morale. La société en

---

M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Lamy, 1989, p.56 et 57 : « *la société simple n'a pas la personnalité juridique. En conséquence, elle n'a ni jouissance, ni l'existence de droits civils, ni la capacité d'ester en justice. Elle ne peut être inscrite au Registre du Commerce, ni initier un procès, ni faire l'objet de poursuites. Ces derniers droits appartiennent aux seuls associés* ». Cet auteur rappelle qu'elle est souvent utilisée, en raison de « *la longue tradition de neutralité de ce pays et des sentiments de confiance et de sécurité qu'il inspire aux entreprises* ».

[112] Ou contrat d'association en participation. Selon l'article 2549 du Code civil, ce contrat prévoit qu'un des participant attribue à un autre, une participation aux bénéfices réalisés par son entreprise ou par une ou plusieurs autres affaires, contre un apport. Selon S. Cereghini, « *La joint-venture en Italie* », in K. Langefeld-Würth, *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , n°120 p.270, GLN Joly Editions, mars 1992 : « *la naissance d'une société en participation n'entraîne pas la création d'un patrimoine séparé ou d'une entité diverse des participants : absence d'un patrimoine commun et propriété individuelle de l'associant sur l'entreprise. Le Code civil ne prescrit aucune forme pour le contrat en participation. Ce peut être un contrat verbal. Cependant, si l'associé apporte des biens immobiliers, ou s'il en transfère la jouissance pour une période supérieure à neuf ans ou pour une période déterminée, le contrat doit être passé sous forme authentique et faire l'objet d'une inscription au registre immobilier* ».

[113] « *Le concept actuel du contrat de sociétés de personnes tient à l'origine historique du §705 BGB. Dans cette disposition se rencontrent les éléments du droit romain devenu le droit commun et du droit germanique. Le droit commun a apporté au §705 BGB le concept de la societas tandis que la contribution du droit germanique – ou allemand – a consisté dans le concept de la main commune (Gesamthand). … La communauté en main commune constituait à l'intérieur – entre associés – comme à l'extérieur de la société – par rapport aux tiers – un groupement de personnes en même temps elle était une forme collective de propriété* », K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, p.404 et 405. Néanmoins, la communauté en main commune diffère quelque peu du mécanisme traditionnel de l'indivision ; « *chacun des propriétaires en main commune a un droit de propriété sur la chose entière, mais ne peut en principe en disposer qu'avec l'accord des autres propriétaires. Par conséquent, les biens n'appartiennent ni à une société, ni aux partenaires individuellement, mais à la collectivité de ces derniers* », V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004, p.238.

[114] A savoir le Code civil : Bürgeliches Geseztbuch ou BGB.

participation n'apparaît plus dès lors comme une exception au principe de personnalité. Toutefois, la jurisprudence a fait évoluer progressivement ce principe[115].
Le modèle des sociétés de personnes allemandes est la société du BGB. En tant que telle la société en participation ostensible est déterminée par ses règles.

α) La société du Code civil

26. C'est une société sans personnalité juridique. Pour la constituer il suffit d'un contrat. « *Dans la pratique, l'existence de la société n'est pas toujours révélée au public et dans ce cas, les rapports internes, c'est-à-dire les rapports entre associés sont importants : elle est assez proche de la société civile en participation de droit français* » [116]. Lorsque la société est au contraire révélée au public et qu'elle *« se manifeste au grand jour…, les relations externes, c'est-à-dire avec les tiers, sont également importantes et elle est assez proche d'une société en nom collectif, la différence majeure résidant dans le fait que l'activité n'est pas l'exercice du commerce »*[117]. Ses associés doivent être au nombre de deux, avoir un but commun, démontrer l'existence de l'affectio societatis, effectuer des apports en capital ou en nature. Le principe est que toute décision doit être prise à l'unanimité, sauf dispositions contraires prévues dans les statuts. Le pouvoir de décision peut être confié à une personne non-associée.

27. La société ostensible dispose d'un patrimoine constitué par les apports et biens acquis par elle[118]. Toutefois, « *pour participer à la vie juridique, il faut que la société du Code civil agisse par l'intermédiaire d'un représentant et non pas d'un organe, puisqu'elle n'a pas la personnalité morale* »[119]. On remarque la dichotomie en droit allemand entre la notion de patrimoine et celle de personnalité juridique. Il s'agit dès lors d'un réel patrimoine d'affectation. Toutefois, en vertu de la règle du *doppelte Verpflichtung*[120], les actes effectués par la société l'engagent elle-même ainsi que les associés à titre personnel.

---

[115] M. Fromont, *Droit allemand des affaires : droit des biens et des obligations, droit commercial et droit du travail*, Montchrestien Domat, droit privé, 2001, n°406, p.202 : « *la jurisprudence a progressivement multiplié les cas dans lesquels la société de personnes est traitée comme une personne morale : elle peut faire des chèques, elle peut conclure des contrats, elle peut agir en justice et être citée en justice. ... Sa responsabilité extracontractuelle peut même être mise en cause…* ».
[116] M.Fromont, op.cit. n°418 p.208.
[117] Ibidem.
[118] Article § 718 du BGB.
[119] M. Fromont, op.cit. n°421 p.210.
[120] A savoir le double engagement.

28. Lorsque la société est occulte, ou *Innengesellschaft*, elle est dite « *interne : c'est simplement par des arrangements internes entre associés que les conséquences financières devront être tirées conformément aux prévisions du contrat de société* »[121]. Le professeur Michel Fromont la qualifie dès lors de « *société de participation de droit civil* »[122].

29. Lorsque l'objectif de la société, s'il est déterminé de façon précise, est atteint, celle-ci disparaît « naturellement » : elle est dissoute de plein droit[123]. On retrouve l'esprit d'une structure créée ad-hoc, qu'une partie de la doctrine qualifie en gestion de la structure ad hoc, qualifiée en gestion d'adhocratie. Elle est notamment utilisée dans le cadre de crédits consortiaux : « *la doctrine quasi-unanime considère en effet que les crédits consortiaux donnent lieu à la formation d'une société, la BGB Gesellschaft, une telle position étant sans doute due à la conception extrêmement large de cette société* »[124].

30. Lors de la dissolution, chaque associé a droit au partage du patrimoine de la communauté de biens que représente cette société. *« Ce partage ne peut avoir lieu seulement qu'après satisfaction des créanciers de la société, mais aussi seulement après remboursement des apports en argent ou en choses »*[125]. Lorsque la société est insolvable, il n'y a pas de partage. Mais, « *si le patrimoine social se révèle insuffisant, chaque associé est tenu d'effectuer un versement proportionnel à son obligation de participer aux pertes de la société* »[126].

β) La *stille Gesellschaft* ou société cachée

31. Il s'agit d'une société en participation commerciale régie par les articles 230 et suivants du HGB[127]. Elle a « *beaucoup de points communs avec la société française du même nom : comme elle, elle est une société qui ne fait l'objet d'aucune publicité et qui n'a pas la personnalité morale ; elle n'existe que dans les rapports entre associés ; enfin la liberté*

[121] M. Fromont, op.cit. n°420, p.209.
[122] Ibidem.
[123] D'autres motifs de dissolution existent : l'expiration d'un délai déterminé, la résiliation demandée par l'un des associés lorsque la durée de la société est indéterminée…
[124] Y.Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°531, p.313.
[125] M. Fromont, op.cit. n°422, p.211.
[126] Ibidem.
[127] *Handelsgesetzbuch*, à savoir le Code de commerce allemand.

contractuelle est très grande »[128]. C'est une société commerciale composée de deux associés : un commerçant, celui qui apporte son industrie, et le *stille Gesellschafter*, ou associé inactif, qui apporte les biens nécessaires à ce commerce. Ce dernier ne participe pas aux pertes de l'entreprise. « *Dans la pratique, il arrive qu'un même commerçant conclut des contrats de société en participation parallèles avec plusieurs investisseurs… »*[129]. La pratique met en évidence que « *ces dernières années, le procédé a été utilisé soit comme une sorte de société en commandite simplifiée*[130]*, soit pour éviter la participation aux pertes à des investisseurs recherchant avant tout la sécurité »*[131].

Elle est néanmoins considérée réellement comme une société, mais de type « interne »[132].

b) Les droits anglo-saxons de la société en participation

32. Nous étudierons deux droits anglo-saxons : le droit américain et le droit anglais. Le droit anglo-saxon des sociétés de personnes repose sur la notion de *partner*, l'associé d'une partnership. Le *Partnership Act* de 1890 décrit la *partnership* comme la « *relation qui existe entre des personnes qui exercent une activité en commun dans le but de réaliser des bénéfices »*[133]. En droit anglais, la société en participation est une variante de la *partnership*[134]. La pratique du droit américain a, quant à elle, créé une société spécifique : la joint-venture. Cette dernière a été sublimée pour devenir, dans certains cas, une véritable société de capitaux.

---

[128] M. Fromont, *Droit allemand des affaires : droit des biens et des obligations, droit commercial et droit du travail*, Montchrestien Domat, droit privé, 2001, n°424, p.212.

[129] M. Fromont, idem.

[130] On retrouve en effet le commanditaire et le commandité.

[131] M . Fromont, idem.

[132] « *Selon sa nature juridique la société en participation est une société de personnes qui se réduit à un contrat générateur d'obligations. Elle est une véritable société au sens du §705 BGB car les deux intervenants s'engagent à l'achèvement du but commun, à savoir la recherche des bénéfices issus de l'activité commerciale du gérant. Cette société est le type classique de la « société interne » puisqu'elle n'est pas dotée d'un patrimoine en main commune et ne participe pas elle-même à la vie juridique »*, K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, p.414.

[133] O. Moréteau, *Droit Anglais des Affaires*, Précis Dalloz, 1ère édition ,2000, n°255, p.152.

[134] TA Paris 4 juillet 2011 Cabinet Lovells, Droit Fiscal, 2011, 597 : *« dès lors que l'acrivité de l'établissement français d'un cabinet d'avocat constitué sous forme de partnership de droit britannique a été imposée à la taxe professionnelle au nom de son associé gérant, conformément à la règle énoncé par l'article 310 HP de l'annexe II au CGI relatif aux sociétés en participation auxquelles est assimilable un tel partnership, ce dernier n'a pas la qualité pour contester les impositions mises à la charge de son gérant ».*

α) Le droit américain

33. La joint-venture se retrouve à mi-chemin entre société en participation française et consortium français[135]. Or il apparaît qu'avec une approche de plus en plus contractuelle de l'accord de participation, la société en participation se rapproche de plus en plus de l'esprit de la joint-venture américaine, laquelle serait d'émanation écossaise[136]. Au regard du droit français, en raison de sa fondamentale liberté contractuelle, la joint-venture américaine peut être définie comme un « contrat innommé ». Cette solution repose sur l'absence de toutes les caractéristiques essentielles de la société. « *La diversité des contrats nommés et leur distinction avec les contrats innommés soulève des difficultés de qualification : parfois on hésite entre l'une ou l'autre des figures contractuelles existantes, pour trouver le régime juridique adéquat…, parfois on se demande si l'on est dans le cadre d'un contrat nommé ou si l'on se trouve seulement à proximité, et donc hors du champ d'application de son régime »*[137].

34. Cette originalité est la base de la définition de la joint-venture américaine. Dès lors « *une joint-venture se définit en termes généraux comme une combinaison spéciale de deux personnes ou plus, engagées dans une entreprise spécifique où le profit est recherché conjointement, sans désignation effective de partenariat ou de société. Historiquement, la joint-venture est une création juridique américaine face au développement de la coopération, en dehors de la société de personnes (partnership) ou de la société de capitaux (corporation) »*[138]. Ce groupement s'est développé par analogie à la *partnership*[139]. Toutefois,

---

[135] Certains auteurs estiment qu'elle ne peut répondre à la qualification de société. « *Il s'agit, en effet, de groupements d'entreprises dont les relations uniquement contractuelles n'empruntent aucune forme sociétaire* », selon C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium,* LGDJ, 2003, p.7. Or, ce même auteur constate aussi que « *le but poursuivi par ses membres est bien le profit* », à la différence des consortiums français, selon C.-H. Chenut, idem p.76.

[136] M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international,* Lamy, 1989, p.61 : [Baptista L.O. et Durand-Barthez P., *Les associations de joint-venture,* LGDJ Feduci, 2ème édition, 1991, p.6] : *« étudient la naissance de la joint-venture et sa formation dans la common law. Ils en tirent la conclusion que la joint-venture est inconnue dans la common law anglaise laquelle ne retient que deux institutions : le partnership et la corporation. Par contre, il existerait en droit écossais une institution nommée « joint-venture » ou « affaire commune » (joint-trade), qui serait* « un partnership limité à une affaire, spéculation, opération commerciale ou voyage où les associés, occultes ou connus, n'utilisent pas de dénomination sociale et n'ont pas de responsabilités hors des limites de l'opération »» .

[137] J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de Droit Civil*, LGDJ, 2001, p.21.

[138] K. Langelfeld-Würth, *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , GLN Joly Editions, mars 1992, n°165.

[139] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004, p.12 : « *l'assimilation ou la distinction entre joint venture et partnership a suscité en droit américain une controverse, certes moins vivace aujourd'hui, mais néanmoins instructive. Le Uniform*

contrairement à cette dernière, la joint-venture n'engage ses partenaires, « *au moins deux participants dotés de la personnalité juridique* »[140], que sur un objectif déterminé. Elle implique la mise en commun de ressources. Elle est fréquemment utilisée pour une opération spécifique.

35. Bien qu'il existe un modèle « commercial » de base, ces sociétés peuvent être configurées de façons très diverses selon les différents Etats fédérés américains. La joint-venture purement contractuelle ne nécessite qu'un accord, même verbal. « *En pratique, il est recommandé d'établir un contrat écrit (joint venture agreement, partnership agreement). Il n'y a aucune obligation d'enregistrer cet accord, sauf dans certains Etats (par exemple l'Etat de New York)* »[141]. Il s'agit dès lors de *partnership* informelle, appelée aussi *contractual joint venture*. Contrairement à la *partnership* qui suppose « *une organisation constituée avec l'intention de faire des bénéfices et de les partager, dans la joint-venture, l'intention de partager les parts n'est pas présumée* »[142]. Il est à noter que la pratique des affaires internationales et celle liée aux contraintes relatives aux ententes ont créé l'*equity joint venture* ou *corporate joint venture* pour la joint-venture, société de capitaux.

36. Quant à la qualification juridique en joint-venture des pools bancaires, « *certaines décisions ont en effet analysé les pools bancaires comme une joint-venture, tandis que d'autres leur ont refusé cette qualification* »[143]. Cette qualification, à défaut de texte législatif, ne peut être que difficilement déterminée et elle est effectuée par les tribunaux en fonction des faits de l'affaire.

Partnership Act (1914), adopté progressivement dans la majorité des Etats américains, définit le partnership comme une association de deux ou plusieurs personnes qui s'engagent en qualité de copropriétaires (« tenants in partnership ») dans une entreprise (« business ») en vue de réaliser un bénéfice. Comparable à notre société en nom collectif bien qu'il n'ait pas la personnalité morale, le partnership désigne plus généralement aux Etats-Unis une société de personnes ».

[140] S. Urban et S. Vendemini, *Alliances stratégiques coopératives européennes*, De Boeck Université, Bruxelles, 1993-1994, p. 221.

[141] S. Urban et S. Vendemini, idem

[142] S. Urban et S. Vendemini, idem.

[143] Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica Collection Droit Civil, 1998, n°450, p.262.

β)Le droit anglais

37. La *partnership* est assez proche de la société en nom collectif française[144]. Pourtant, elle ne dispose pas de la personnalité morale. En contrepartie les associés, au nombre de deux au minimum sont personnellement et indéfiniment responsables des dettes de la société. « *La partnership est fondée sur l'agency : que ce soit entre eux ou vis-à-vis des tiers, les associés sont réputés être mandataires les uns des autres* »[145]. On constate la mise en place d'un mandat réciproque. *« Ce mandat réciproque, qui existe par l'effet de la loi dès lors que des personnes exercent une activité en commun dans le but de réaliser des bénéfices, suffit à expliquer ce qu'est une partnership »*[146] . Aucun formalisme, aucune rédaction écrite des statuts ne sont exigés, bien qu'en pratique les *partnerships* de grande envergure font l'objet d'une telle rédaction. Il est dès lors possible de prouver l'existence de la *partnership* par tout moyen, y compris en utilisant la théorie de l'apparence[147]. L'accord des *partners* est primordial ; il est en effet la « loi » de la société. Tout repose sur l'intention expresse ou tacite des associés.

Les associés peuvent même créer une *partnership* « *indépendamment de toute volonté véritable. C'est ce qu'on appelle l'informal partnership, laquelle peut être comparée aux sociétés créées de fait du droit français* »[148].

Si la notion de patrimoine ne figure pas en droit anglais, la *partnership* est néanmoins propriétaire des biens affectés par les associés ou des biens acquis par elle.

38. Les causes de sa dissolution sont assez nombreuses ; il est possible de citer notamment l'expiration du terme, la volonté unilatérale de l'un des associés en cas de durée illimitée, le

---

[144] Voire de la commandite simple par la *limited partnership* avec le *full partner* (commandité), mais aussi dans une moindre mesure par l'apparition de *sleeping partnerhip* ou du *dormant partner*. Ce dernier n'est là que pour « *empocher sa part de bénéfices, sans doute en sa qualité de bailleur de fonds* », O. Moréteau, *Droit Anglais des Affaires*, Précis Dalloz, 1[ère] édition ,2000, n°281, p.166.
TA Paris 27 novembre 2008 n°02-3419 : *« les bénéfices sociaux retirés d'une activité exercée en France par un partnership anglais, dès lors que ce partnership est assimilable à une société en participation, sont soumis à l'impôt sur le revenu au nom des associés à proportion de leurs droits ».*

[145] O.Moréteau, op.cit., n°264, p.155.

[146] Ibidem.

[147] *« La loi précise que toute personne qui agit aux yeux des tiers comme un associé en nom collectif sans avoir réellement cette qualité peut être rendu responsable en tant que partner si elle a elle-même créé cette apparence. Cette théorie de l'associé apparent est fondée sur la notion d'agency by estoppel »*, O. Moréteau, op.cit., n°265, p.156.

[148] O. Moréteau, idem. qui y ajoute les sociétés de fait.

décès ou la faillite[149] de l'un des associés… En cas de dissolution, chaque associé va procéder à la notification de cette dernière. Il s'agit de rompre l'*agency*.

39. La *partnership* est adaptée aux opérations de joint-venture en commerce international car elle est synonyme de souplesse. Et cette souplesse est l'une des raisons de son choix par les associés. « *Elle permet la concrétisation directe de l'accord relatif à l'égalité dans la prise de décision et au partage des risques* » [150]. En effet, dans le cadre de pools bancaires, « *les organismes financiers appelés à donner leur crédit savent qu'ils peuvent compter sur l'engagement indéfini des sociétés partenaires* »[151]. Néanmoins dans le cadre de grandes sociétés de capitaux, la partnership ne présente plus la même intensité d'intuitu personae que « *les sociétés de personnes dont les associés sont normalement des personnes physiques, directement impliquées dans la vie quotidienne de la firme* »[152].
La qualification de *partnership* pour les pools bancaires pose quelques problèmes. En effet, certains auteurs se sont penchés sur la qualification des *syndicates* pour tenter de les rapprocher des *partnerships* ou pour rejeter cette analyse au vu des conséquences graves susceptibles d'en découler, notamment que chaque banque supporte son propre coût de refinancement avec la conséquence que le crédit s'avère plus rémunérateur pour certains que pour d'autres, voire que certaines subissent une perte tandis que d'autres font un bénéfice[153]. L'une des raisons repose sur l'absence de solidarité des banques à l'égard de l'emprunteur. Néanmoins, le *Partnership Act* donnant une grande liberté aux *partners*, il suffit de rappeler, dans le contenu de l'accord, le respect de l'*uberrima fides*, l'extrême bonne-foi, et de prévoir la prise de décision à la majorité et le partage des bénéfices et des pertes. En outre, chacun des partenaires est considéré comme co-mandataire. Il suffit dès lors d'exclure, semble-t-il, la solidarité des *partners* vis-à-vis des tiers au moyen d'une disposition expresse[154].

[149] Au sens économique du terme.
[150] O. Moréteau, op.cit., n°271, p.160.
[151] Ibidem.
[152] Ibidem.
[153] Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°449, p.261.
[154] Y.Zein, idem.

§II) Les éléments de distinction avec des contrats proches de la société en participation

40. Il convient d'analyser les critères de qualification avec les contrats connexes et les contrats fort proches de type « non sociétaires ».

1° Les contrats connexes : les sociétés créées de fait, les contrats de consortium et les sociétés de fait

41. La loi du 4 janvier 1978 a incorporé à la législation des sociétés en participation celles des sociétés créées de fait[155] que certains auteurs nomment « *sociétés en participation créées de fait »*[156]. Or, celles-ci se différencient des premières par l'absence de « conscience d'être » des associés lors de la constitution de leur société[157]. L'administration fiscale les a aussi « alignées » sur le régime des sociétés en participation. Pourtant, elle est en elle-même *« une originalité* [car son] *existence se découvre a posteriori lorsque l'on scrute les relations passées de ceux que l'on va qualifier d'associés »*[158]. Leur apparition, ou leur extériorisation, émane d'un conflit : liquidation d'une communauté d'intérêt, mésentente entre associés…[159]. Il faut néanmoins l'existence d'une véritable structure sociale[160] soutenant la société créée de

---

[155] Voir J.Guyénot, « Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait », D 1979, chronique 155 : « *au lieu de les doter d'un statut particulier, le législateur consacre l'absorption des sociétés créées de fait par la société en participation, qu'il a estimée possible et souhaitable par l'admission de la régularité de sa forme ostensible, car il est rarement dans les vues des personnes associées par une société créée de fait d'agir dans la clandestinité, toute réserve faite »*.

[156] Y. Chartier « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 » JCP, 1978.I.n°2917 et J. Derrupé « Société en participation » Jurisclasseurs Sociétés, Traité fasc 44-A n°35 et suivants.

[157] F. Dekeuwer-Défossez « Illusions et dangers du fait », D 1982 chronique p.83 : « *la société en participation est de nature contractuelle, elle a été voulue par les associés. Au contraire, dans la société créée de fait, l'activité commune n'emporte pas toujours conscience d'être lié par l'appartenance à une société. La société créée de fait a souvent un caractère « rétrospectif » tout à fait spécifique car elle peut n'apparaître qu'au moment de sa disparition»*.

[158] F.-X.Lucas, « La société dite « créée de fait » », in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, juin 2003, p.737.

[159] S. Schiller, *Les limites contractuelles en droit des sociétés – les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p.324 : « *ces sociétés étant constatées le plus souvent lors de leur dissolution, les associés n'ont pas pu prévoir de règles de fonctionnement. Seront donc presque toujours appliquées les règles des sociétés en nom collectif si l'objet est commercial et les règles des sociétés civiles si l'objet est civil »*. Toutefois, l'organisation d'une telle société découle de la pratique mise au point par les « associés ».

[160] CA Versailles 13 septembre 2007, D 2007.2739 : « *il appartient à celui qui se prévaut de l'existence d'une société créée de fait d'apporter la preuve que sont réunis, à un moment déterminé, les éléments constitutifs du contrat de société, à savoir la réalité des apports, la volonté de s'associer et celle de participer aux bénéfices comme aux pertes »*, ce qui n'est pas le cas d'une simple promesse de vente.

Cass Civ 1ère 20 janvier 2010, D 2010.323 : *« l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en*

fait : « *une simple cohabitation, même accompagnée d'une certaine communauté d'intérêts ne suffit pas..* »[161]. La société créée de fait implique bien souvent qu'un des participants mette son industrie à la disposition de la société. Or, selon le professeur Jean Honorat, « *l'apport en industrie implique, en effet, dans la conception généralement admise, une participation à la direction de l'affaire et ne peut se réduire à des prestations de services, comparables à celles qu'un salarié pourrait fournir. Beaucoup de demandes présentées par des concubins échouent pour cette raison* »[162].

---

commun d'intérêts inhérents au concubinage », D 2010.525 note N. Auroy : la Cour de cassation *« a considéré que, comme la stabilité du concubinage, la vie familiale autour d'un enfant n'était pas susceptible de caractériser une entreprise commune ».* Cet arrêt « *paraît sonner le glas de la société créée de fait en matière de concubinage* » rendant plus difficile son utilisation, selon A. Cousin et E. Buat-Ménard, « Les créances entre concubins », AJ Famille, 2013, p. 47.

[161] T. Bonneau, note sous Cass. Civ. 1ère 18 juillet 1995, Droit des Sociétés, 1995, n°207. Il faut une réelle contribution « *à la fortune commune* », J. Hémard note sous Cass Req. 8 janvier 1946, JCP, Ed. G., 1946. II.3053. Dans le même état d'esprit, Y. Chartier, note sous Cass Com 9 et 16 novembre 1981, Revue des Sociétés 1983 p.91 : « *le fait que le législateur (loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants) ait proposé un statut, ou plus exactement des statuts, aux conjoints des commerçants n'implique pas que ceux-ci s'imposent à eux* ». Voir aussi M.-L. Coquelet note sous Cass Civ 1ère 20 janvier 2010 (deux espèces), Droit des Sociétés, n°83 : « *l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et il est distincte de la mise en commun d'intérêts au concubinage (1ère espèce). C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a estimé que l'intention des concubins de collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun n'était pas établie et que l'assistance apportée sur le plan administratif par la concubine à la bonne marche de l'entreprise artisanale de maçonnerie qu'elle avait constituée avec son concubin n'exédait pas une simple entraide et qu'elle n'était pas fondée à réclamer une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause (2ème espèce) ».*

[162] J. Honorat, note sous Cass Com 9 octobre 2001, Defrénois, 2002, p.620. Il en est de même pour une simple *contribution aux charges du ménage*, selon le professeur Y. Guyon, note sous CA Paris 14 décembre 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.368.

L'un des types même de la société créée de fait est lié au concubinage. Néanmoins, les concubins doivent collaborer sur un pied d'égalité (Cass Civ 17 novembre 1952, Gaz. Pal., 1953, p. 128), quand bien même la concubine ait été « *la fidèle compagne, non salariée, n'ayant jamais rien perçu… les deux avaient lié leur vie pour le meilleur et le pire ; Marius B. dont la fortune était importante assurait sans doute pour leur grande part leurs besoins, mais Clara T. est venue probablement avec ses biens et ses deniers ; qu'elle a témoigné à son concubin sa présence physique et intellectuelle…* » selon la Cour d'appel de Bastia et la Cour de cassation 1ère chambre civile le 18 juillet 1995, RTD Com, 1995, p. 776 note C. Champaud et D. Danet, qui citent Loisel : « *Boire, dormir et manger ensemble ne sont pas sociétés me semble* » ; JCP, Ed. E., 1995. II. 505 n°5 note A. Viandier et J.-J. Caussain. Voir aussi Cass Com 8 mars 1994, RJDA, 1994, n°815 et JCP Ed. E., 1994. I. 363 note A. Viandier et J.-J. Caussain. Outre cette nécessité de collaborer sur un pied d'égalité, la jurisprudence « *exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société. Ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres* », selon Cass Com 23 juin 2004, Joly, 2005, p.296.

Du mariage peut aussi naître une société créée de fait. Voir par exemple Cass Com 3 novembre 1989, Revue des Sociétés, 1990, p.242, note J. Prieur, et Defrénois, 1989, p.87, note du Professeur Honorat qui allie la *société créée de fait apparente et la société en participation révélée aux tiers*. Selon J.-F. Barbieri, note sous Cass Com 27 février 1996, Revue des Sociétés, 1996, p. 549 : « *certes dans les rapports entre époux, la présomption d'une volonté de s'associer peut sembler très forte en ce cas, même entre conjoints mariés sous le régime de la séparation de biens… l'affectio conjugalis paraît bien devoir remplacer l'affectio societatis*. [Mais il faut néanmoins des éléments probants,] *de nature à démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérente à la vie maritale* », Cass Civ 1ère 12 mai 2004, Joly, 2004, p.1284 note Y. Dereu. Cet arrêt a été rendu à l'occasion d'un concubinage, mais la règle énoncée a une portée générale, quel que soit le mode de vie en commun (concubinage, mariage, PACS…).. En l'occurrence, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 27 février 1996, insiste sur une profession commune – chirurgien-dentiste – un seul registre de recettes, une

42. Il parait néanmoins souhaitable de clarifier la notion de société créée de fait. Il nous semble plus approprié de constater l'existence d'une société en participation, dès lors que les associés ont conscience du caractère social, sans qu'il soit pour autant nécessaire de la qualifier de société en participation de fait. Seules doivent garder la qualification de société créée de fait les organisations accédant « *officiellement à l'existence juridique au moment où elle est dissoute* »[163], à savoir celles constituées entre concubins[164]… En effet, elle est invoquée par l'un des participants dans un but de dissolution, concomitamment à la fin de leur vie commune pour le cas des concubins. Néanmoins, elle peut aussi être invoquée par un tiers, souvent un créancier, au titre de l'apparence d'une société. Dès lors, ce n'est pas la dissolution qui est recherchée mais le règlement d'une créance.

Dans ces conditions un certain nombre des dix-neuf mille sociétés créées de fait, répertoriées en 2011, apparaissent plutôt comme des sociétés en participation que comme de réelles sociétés créées de fait. Cela transparaît incidemment dans la thèse de Sabine Vacrate[165].

Toutefois, malgré le degré de conscience inégal[166] des associés lors de leur constitution, prémices d'aveu de la fragilité du concept social pour les sociétés en participation, toutes deux

---

seule déclaration fiscale, un seul compte bancaire. De là apparaît « *la volonté de s'associer sur un pied d'égalité* ».

[163] Y. Guyon, *Droit des affaires – droit commercial général et sociétés*, tome 1, Economica, 11ème édition 2001, n°143.

[164] Cass Com 7 avril 1998, RJDA, 7/1998, n°863 : « *l'existence d'une société créée de fait entre concubins suppose la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, à savoir l'existence d'apports, l'affectio societatis et le partage des bénéfices et des pertes* ». Les éléments constitutifs de ce contrat sont du pouvoir souverain des juges du fond.

[165] S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, n°328 et 329, p.143 : « *la requalifiaction de la société créée de fait révélée en société en participation pourrait être presque souhaitable. L'argument réside dans l'alignement depuis 1978 du régime de la société créée de fait sur celui de la société en participation. Tout porte à croire que le législateur y est favorable puisque le nouvel article 1873 du Code civil a souvent été interprété par la doctrine comme opérant une assimilation des deux groupements… La société en participation est une société créée en connaissance de cause, elle résulte d'un choix délibéré des partenaires en présence qui ont volontairement décidé de se réunir au sein d'une société qui ne serait pas immatriculée. Leur affectio societatis ne fait donc aucun doute. La société créée de fait est en revanche, une société qui s'ignore et n'est qu'une solution improvisée à des crises qui n'appellent pas normalement l'intervention du droit des sociétés… La distinction entre les deux sociétés est donc évidente, et pourtant il y a identité de régime juridique. Leur fondement étant tellement opposé, une telle requalification serait un non sens et aboutirait à la négation de la société en participation* ». Elle plaide pour la création d'une société ad-hoc, car la société créée de fait *ne repose pas sur un support contractuel*, S. Vacrate, op. cit. n°565, p.243.

[166] « *La société créée de fait correspond au degré zéro de la conscience sociétaire* », selon C. Champaud et D. Danet, CA Paris 12 novembre 1991, RTD Com, 1992, p. 812. Y. Chartier, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », JCP 1978.I.2917 : elle « *existe sans que les parties aient eu l'intention formelle de lui donner naissance* ».

Ce degré zéro de conscience sociétaire fait d'ailleurs peser un sérieux doute sur l'existence même de l'affectio societatis. S. Vacrate, op.cit., n°598 p.258 : « *l'affectio societatis est le prolongement du consentement dans le contrat de société, c'est la version sociétaire de la volonté en tant que cause et fondement de la relation sociale* ».

se ressemblent tant par l'absence d'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés, avec les conséquences qui en découlent, que par leur utilisation dans le monde des affaires[167].

43. L'application des règles régissant les sociétés en participation aux sociétés créées de fait génère ex-nihilo un contrat là où il n'existe qu'une situation de fait. Néanmoins, la différence psychologique, qui transcende les sociétés en participation et les sociétés créées de fait, implique, semble-t-il, « *l'établissement d'un régime juridique distinct pour les sociétés voulues (sociétés en participation sui generis sans personnalité juridique) et la société créée de fait* »[168], bien que cette idée semble abandonnée par certains auteurs[169]. Mais, il est en quelque sorte préjudiciable au contrat de société en participation, voulu et structuré, de lui amalgamer un « contrat inconscient » dans l'esprit des cocontractants. L'apparence aux yeux des tiers suffit ainsi à transcender la structure[170]. Elle a pour conséquence de faire naître une obligation à l'encontre du soi-disant associé sans qu'il y ait consenti préalablement. De ce fait, « *l'article 1165 du Code civil*[171] *est remis en cause, puisque le véritable titulaire du droit doit se soumettre à une opération à laquelle il n'a pas consenti ; il reste donc tenu d'une obligation à laquelle il est étranger* »[172]. Ceci d'ailleurs explicite l'appellation de « société-contrat » pour la société en participation. En effet, en raison de son caractère éminemment contractuel, *« elle correspond à un véritable contrat sous-seing privé passé entre les partisans de l'affaire »* [173]. C'est cet élément qui diffèrencie pronfondément les sociétés en participation

[167] Elle est aussi souvent constituée à la suite d'un héritage…, par exemple Cass. Civ. 1[ère] 10 mai 1989 Joly 1989 p. 627 entre deux frères ou d'une « association » entre deux frères, sans qu'ils aient conscience de constituer une société, Cass Com 21 juin 1988, Joly 1988, p.689, note P. Le Cannu qui remarque que « *si l'égalité hiérarchique est importante dans la jurisprudence relative aux sociétés créées de fait, l'égalité financière n'est nullement une condition d'existence de ces sociétés* ».

[168] Y. Dereu, « Réflexion sur les qualifications données à certains types de sociétés » Joly 1998, p.607, encore que les sociétés créées de fait peuvent aussi, me semble-t-il, être qualifiées de sociétés sui generis sans personnalité morale.

[169] F.-X. Lucas, « La société dite « créée de fait » », in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, *Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, juin 2003, p.737 : « *s'il n'y a pas contrat, on feint de ne pas s'en apercevoir. Au nom de l'équité on maltraite les notions et l'on qualifie de société ce qui n'en est pas. Ce manque d'égard pour le contrat de société est d'autant plus regrettable qu'il est inutile. L'équité qui conduit à solliciter la théorie des sociétés créées de fait pourrait en effet fort bien trouver son compte si l'on avait recours à d'autres mécanismes juridiques et en particulier aux quasi-contrats* ».

[170] « *Ce qui caractérise la société créée de fait, c'est précisément qu'elle n'est qu'une apparence sur laquelle pèse un doute sérieux quant à sa conformité à la réalité. Les prétendus associés avaient-ils réellement la volonté de se comporter en tant que tels ?* », S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation,* LGDJ 2003 n°49 p.17.

[171] Article 1165 Code civil : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121* ». Article 1121 Code civil : « *on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

[172] S. Vacrate, op.cit., n°65 p.21.

[173] S. Vacrate, op.cit. n°85 p.76.

des sociétés créées de fait. En effet, « *L'affectio societatis est nettement révélé dans la société en participation, tandis que, dans la société créée de fait, il demeure inexistant »*[174].

44. En outre, il est exceptionnellement possible de « surajouter » à une société de droit préexistante une société créée de fait, dans le cadre de relations connexes au contrat de société en participation[175]. Encore faut-il que les éléments caractérisant la société créée de fait existent distinctement.

45. Pour autant, en raison de la difficulté pour certains cocontractants de qualifier leur contrat au moment de sa conclusion, nous intégrerons dans cette étude les sociétés créées de fait, notamment dans les domaines de la cotraitance et des pools bancaires, qui, en raison du caractère consenti par les associés de leur formation, correspondent plus à des sociétés en participation qu'à des sociétés créées de fait.

46. Notons que la jurisprudence administrative utilise pour ces sociétés le vocable de « société de fait »[176]. On constate souvent l'absence de divergence entre la jurisprudence civile ou commerciale, précisée pour la première fois par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 janvier 1946[177], et administrative quant aux critères de qualification d'une société créée de fait ou en participation, laquelle n'est pas, en tant que telle, constitutive d'un abus de droit.

---

[174] Ibidem.

[175] CA Paris 12 mars 1992, Revue des Sociétés, 1997, p.797 note Y. Guyon : « *cet arrêt attire l'attention sur les risques que courent des associés qui nouent entre eux des relations contractuelles en dehors de la société, mais dans un domaine connexe de l'objet social… On ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être à la fois associé de fait et associé de droit. »*.

[176] Voir par exemple CE 9 décembre 1985 n° de pourvoi 44155. Il en est de même pour l'arrêt CE 14 janvier 2002 n° de pourvoi 204573, Joly, 2002, n°163, p. 721 note J.-C. Parot : le Conseil d'Etat y rappelle la condition sine qua non de l'existence d'une société créée de fait. En effet, selon son commentateur Jean.-Claude Parot, « *selon la jurisprudence, la caractérisation d'une société de fait repose sur trois critères dont, selon le Conseil d'Etat, aucun n'était rempli en l'espèce* . [En l'occurrence il s'agit de deux frères marins pêcheurs ayant chacun leur navire].

- *Tout d'abord que l'ensemble des membres participent effectivement aux apports. Cette condition est satisfaite lorsque les associés n'ont effectué que des apports en industrie. Le solde d'un compte courant peut constituer un apport, quand bien même juridiquement il n'aurait pas cette nature.*
- *Ensuite que l'ensemble des associés participent effectivement à la gestion et à la direction de l'entreprise. Le Conseil d'Etat n'a pas énoncé de définition de la notion de participation à la gestion de l'entreprise. Une telle participation implique, notamment, la possibilité d'engager sans limitation la société, de même que la possibilité pour les intéressés d'exercer un véritable pouvoir de contrôle sur la marche de l'entreprise.*
- *Enfin que tous les membres participent effectivement aux résultats bénéficiaires ou déficitaires de l'entreprise. La participation aux résultats implique au minimum une variation parallèle entre la rémunération perçue par l'associé et les résultats de l'entreprise. De même que la contribution aux pertes de la société est indispensable pour établir la qualité de l'associé de fait. Mais la simple répartition de charges entre coexploitants (comme dans l'espèce rapportée ici) ne constitue pas, à elle seule, une participation effective aux résultats ».*

[177] Cass Req. 8 janvier 1946, JCP 1946.II.3053.

« *L'existence d'une société de fait pour l'exploitation d'une entreprise résulte tant des apports faits à cette entreprise par deux ou plusieurs personnes, que de la participation de celles-ci à la direction et au contrôle de l'affaire, ainsi qu'aux bénéfices et aux pertes* » [178]. Mais il arrive que le Conseil d'Etat soit « *moins sévère* »[179] que la Cour de cassation, autorisant parfois le fisc à se contenter d'une apparence de société créée de fait[180].

47. Toute différente est la société de fait[181] stricto sensu, société immatriculée, mais « *dégénérée qu'il faut liquider* »[182]. En tant que société irrégulière et annulée, car elle ne respecte pas les règles de fond ou de forme exigées par la loi, son avenir est tout tracé : la dissolution[183].

48. Tout aussi proche de la société en participation est le contrat de consortium français. « *Il est défini comme étant l'acte, de nature exclusivement contractuelle, qui regroupe plusieurs personnes, physiques ou morales, qui émettent le désir de travailler ensemble dans un but bien précis pour réaliser une œuvre spécifique et unique* »[184]. Monté pour des opérations ponctuelles, notamment dans le domaine du bâtiment et des travaux publics, il n'est pas doté, lui non plus, de la personnalité morale. Le seul élément réellement distinctif, à notre avis,

---

178 CE 31 juillet 2009 n° de pourvoi 290971.

179 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 20ème édition, Litec, 2007, n°1236.

180 F. Durand, *L'apparence en droit fiscal,* LGDJ, 2009, n°357 p.104.

181 Voir J. Guyénot, « Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait », D 1979 chronique 155.

182 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 16ème édition, Litec, 2003, n°1560 ; C.Philippe, note sous Cass Civ 1ère 13 novembre 1980, Revue des Sociétés, 1981, p. 788, la qualifie de société « *dégénérée ou putative* ».

183 CA Paris 29 octobre 1990, D 1992 sommaire 117 et Joly, 1991, p46, note J. Derruppé : la Cour parle de « *société de fait dépourvue de personnalité morale.* Néanmoins, selon le commentateur, *la société dissoute qui poursuit son activité sans engager d'opérations de liquidation ne peut être une société créée de fait au sens de l'article 1873 du Code civil. C'est peut-être une société qui se perpétue en fait mais, si elle demeure immatriculée au registre du commerce et des sociétés, elle ne peut pas être assimilée à une société en participation dépourvue de personnalité morale*».

Voir aussi J. Honorat note sous Cass Com 26 novembre 1996, Defresnois, 1997, p.667 : « *la jurisprudence a longtemps fait la différence entre la société créée de fait à l'origine de laquelle il n'y avait pas d'accord formalisé et la société de fait qui, elle, était bien fondée en vertu d'un acte, mais d'un acte présentant des imperfections* ».

Rappelons que « *l'arrivée du terme prévu dans les statuts d'une société entraîne la dissolution de plein droit de celle-ci. Il résulte de l'article 391 de la loi de 1966, que sa personnalité morale ne subsiste que pour les besoins de sa liquidation* », selon Cass Com 12 novembre 1992, sur pourvoi de CA Paris 29 octobre 1990, Joly, 1993, p.561 note M. Jeantin, Revue des Sociétés, 1993, p.561 note P. Le Cannu, JCP 1993.II.22039 note Y. Guyon et Droit des Sociétés, 1993, n°3, note T. Bonneau.

184 C.-H.Chenut, *Le contrat de consortium,* LGDJ, 2003, p.3. A propos du statut, « *le projet de loi, déposé en 1976, ne compte que six articles. Synthétiquement, le premier apporte tout d'abord une définition du contrat de consortium en précisant que «* le contrat de groupement momentané d'entreprises est conclu entre deux et plusieurs personnes physiques ou morales qui s'engagent à exécuter, chacune en ce qui la concerne, des prestations distinctes en vue d'une opération commune déterminée ; ce contrat ne donne pas naissance à une société et ne confère pas au groupement qu'il crée la personnalité morale » », selon Charles-Henry Chenut, idem.

semble être l'absence de partage des bénéfices ou des pertes, qui devient un élément de différence entre la volonté de collaborer ensemble à une opération commune et celle de doter la structure d'une organisation de type sociale. « *Si les coopérants peuvent entreprendre sa poursuite, elle n'est pas l'objet de leur accord, ni l'un de ses éléments constitutifs à la différence de la société. En outre, le partage des pertes, auquel les associés en participation ont vocation, ne peut être réellement assimilé au partage des risques supportés par les coopérants* »[185]. En effet, les autres éléments constitutifs de l'accord de participation se retrouvent dans le consortium, mais adapté à ce dernier : « apports », au moins en industrie, et surtout volonté de collaborer ensemble à l'œuvre commune. Il s'agit dès lors d'un *animus cooperandi*, dans le cadre de groupement momentané d'entreprises.

49. Il convient dès lors de constater la très délicate difficulté pour les juges du fond de déterminer quelle est réellement la nature du contrat en cause. Bien souvent, la différence entre société en participation, société créée de fait ou « simple » groupement d'entreprises est bien ténue.

2° La différenciation entre sociétés en participation et d'autres contrats

50. Comme la société en participation est par essence même éminemment contractuelle, il n'est pas rare qu'elle soit utilisée à la place de contrats fort proches. Le juge, pour démarquer la société en participation de ceux-ci[186], va rechercher les critères d'une société : constitution « d'apports »[187], partage des bénéfices ou contribution aux pertes[188], existence de l'affectio societatis[189]. Il s'agit, par application de l'article 1156 du Code civil d'une obligation s'imposant au tribunal[190] mais aussi d'un pouvoir souverain des juges du fond. *« La Cour de cassation contrôle en revanche la qualification juridique qui est déduite par les juridictions*

[185] Ibidem.

[186] Rappelons que c'est à celui qui allègue l'existence de la société en participation de la prouver, Cass Com 10 novembre 1954, Bull Civ III, 1954, n°344. Il en est de même pour une société créée de fait, Cass Com 13 juillet 1948, JCP 1949 II 4938 note D. Bastian à propos d'une société créée de fait constituée entre une société mère avec sa filiale. La preuve peut se faire par tous moyens (Cass Com 2 juillet 1969, Revue des Sociétés, 1970, p.274 note J.H.), même en utilisant une société de renseignements commerciaux (CA Bordeaux 14 décembre 1993, JCP Ed E 1994, 392 note A. Viandier et J.-J. Caussain à propos d'une société créée de fait).

[187] Cass. Com. 7 juillet 1953, Bull Civ III, p. 261 ; CE 10 mai 1993 SARL Elite Model Management, Joly, 1993 p.799 note H. Pisani lequel constate que *le contrat de société ne mentionne l'existence d'aucun apport*.

[188] Cass. Com. 21 octobre 1970, Bull Civ IV, p. 243 ; Cass Com 16 juin 1998, JCP, Ed. E., 1998 panorama 1383, Droit des Affaires, 1998, p.1537 et Defrénois 1999 p.415 note D. Gibirila ; CA Paris 29 mai 1992, Revue des Sociétés, 1992, p.797 note Y. Guyon ; Cass Com 20 janvier 1987, Joly 1987, p.94, note L. Faugérolas.

[189] Cass. Com. 29 juin 1959, Bull Civ III, p. 254.

[190] Article 1156 du Code civil : « *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ».

de la réunion de ces éléments, ainsi que le caractère admissible des preuves retenues »[191]. Lorsque les « apports » sont « *insuffisamment déterminés* dans le contrat de société, *il ne peut s'agir que d'une société en projet »*[192]. Pour autant, le terme « d'apports » nous semble impropre, car il sous-entend à la fois l'existence d'un capital et une utilisation par la personne morale. Dans une société en participation, il n'est question ni de capital social, ni d'utilisation des apports par la société, mais bien par le chef de file au profit de tous les participants. Il serait dès lors plus logique d'utiliser la locution de « mise à disposition » de ce qui est nécessaire, numéraire, biens ou industrie, pour la réussite de l'aventure en commun. On constate que, pour assimiler la société en participation à une société dotée d'existence juridique, on assiste à une simplification, voire un détournement, du vocabulaire du droit des sociétés.

51. Ainsi la société en participation se distingue-t-elle, en jurisprudence, du contrat de bail à métayage, de la commission, du mandat, de l'indivision ou du prêt notamment avec participation aux bénéfices[193] ou de la convention d'intéressement[194]. Il en est du même du contrat de travail[195]. La société en participation est souvent invoquée pour contourner les règles de droit du travail, notamment dans la profession de chauffeur routier[196]. Le recours au contrat de société en participation devient l'instrument pour frauder les règles applicables protectrices des salariés en matière de sécurité sociale, retraites et assurance - chômage. Ce sont logiquement les caisses sociales qui bien souvent demandent aux juges de requalifier ces « fausses » sociétés en participation en contrat de travail, qui plus est à durée indéterminée. Les parties au contrat ne peuvent alors opposer l'article 1134 du Code civil comme réponse à leurs « turpitudes ». « *Les juges peuvent écarter la société en participation en se fondant soit*

---

[191] Cass. Com. 16 juin 1998, RJDA, octobre 1998, n° 1113.
[192] B. Saintourens note sous CA Paris 21 mars 1989, Joly, 1989, p.439.
[193] Cass Com 15 juin 1993, RJDA, 1993, n°696 ; Cass. Com. 12 octobre 1993, Joly, 1993, p. 1265 et Droit des Sociétés 1994 n°1 ; CA Paris 21 février 1986, RTD Com, p. 67, note C. Champaud et P. Le Floch et Cass Com 21 octobre 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.205, note B. Bouloc : « *la liberté et la souplesse que permettent les sociétés en participation n'autorisent pas les juges à en admettre l'existence à partir de faits qui n'impliquent pas inéluctablement la qualification de société* » ; CA Paris 18 septembre 1999, Joly, 2000, p. 90, note B. Saintourens : « *le fait pour une banque de ré-échelonner les prêts assortis de garanties antérieurement consentis n'entraîne pas novation des contrats ni la qualité d'associé de fait de la banque…. On appréciera que la Cour d'appel contribue à ne pas trop faciliter la requalification du contrat de prêt en contrat de société, ce qui serait un moyen commode d'effacer ses dettes en embarquant le prêteur dans le navire alors que celui-ci est en train de sombrer »*.
[194] CA Paris 25 mars 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°110, note T. Bonneau.
[195] Voir notamment un recours de l'URSSAF, Cass Soc 13 juin 1991, RJDA octobre, 1991 n°809. Cass Soc 25 octobre 2005, Joly, 2006, n°3, p.395 note Bernard Saintourens : « *le contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention, mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail est fournie* ». En l'espèce était constestée la notion d'apport en industrie.
[196] Voir par exemple Cass Soc 14 juin 2006 n° de pourvoi 04-43675.

sur la « fictivité » (absence d'affectio societatis) soit sur la fraude à la loi (volonté d'écarter le régime de protection des salariés) »[197]. Il faut pour qu'il y ait société en participation que *« chacun y trouve son avantage »*[198] ; cela implique un examen approfondi de la situation des chauffeurs, notamment si la société est constituée avec leur ancien employeur[199]. L'analyse porte sur la subsistance du lien de subordination[200]. L'autre cas classique concerne les capitaines de navire, tantôt associés, tantôt salariés. L'un des angles d'attaque de la requalification en contrat de travail est l'absence de vocation à participer aux pertes[201] ou aux bénéfices[202].

Néanmoins, la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi Madelin, a eu pour effet de créer une présomption de travail non-salarié, lorsque le prestataire de services est immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés, au Répertoire des Métiers ou au Répertoire SIREN, et cela même en cas de travail régulier entre les deux partenaires. Il suffit dès lors que l'un des participants (ou tous) soit immatriculé et la requalification de la société en participation en contrat de travail devient malaisée. La loi du 19 janvier 2000 sur la réduction négociée du temps de travail a supprimé cette présomption, en raison du risque de détournement des règles du Code du travail et du Code de la Sécurité Sociale[203]. La requalification en contrat de travail est ainsi facilitée. Cette présomption est néanmoins rétablie par la loi « initiative économique » du 1er août 2003[204].

---

[197] M. Cozian et A. Viandier, note à propos de Cass Soc 14 mai 1992, *Droit des socié*tés, 11ème édition Litec 1998 n°1552 et Bull Civ V, 1992, n°313.

[198] Ibidem.

[199] Cass Soc 17 avril 1991, RJS, 1992 n°808 : « *la Cour d'appel, après avoir relevé que, selon la convention litigieuse, la société Lalau conservait la maîtrise de l'organisation du travail et des conditions de vente, n'a constaté aucun changement , après la signature du contrat de société en participation, dans les conditions de fait dans lesquelles les chauffeurs travaillaient… »*.
ou Cass Soc 13 janvier 1994, RJDA, mai 1994, n°521 ; Cass Soc 17 avril 1991, RJDA, juin 1991, n°493.

[200] CA Dijon 21 mars 2000, sur renvoi de la Cass Soc 20 janvier 1999 n° de pourvoi 96-44637, a re-qualifié une société en participation en contrat de travail en raison de la subsistance du lien de subordination, notamment au regard du pouvoir disciplinaire exercé par le soi-disant associé.
Voir aussi CA Amiens 1er février 1993, Gaz. Pal., 1993 .II. sommaire 592 à propos de l'importance du lien de subordination.
Voir aussi B. Saintourens note sous Cass Soc 25octobre 2005, Joly, 2006, n°79, p.395 : « *il faut qu'il puisse être constaté que les associés se répartissent les bénéfices et les pertes selon un pourcentage défini, que chaque chauffeur soit maître de son activité et puisse refuser une mission ou embaucher des salariés pour l'effectuer, et que les chauffeurs, participant aux assemblées générales n'aient pas abandonné à l'entreprise de transport l'entière gestion des intérêts communs* ».

[201] Cass Com 30 mai 2000, Joly, 2000, p. 1094, note P. Scholer.

[202] CA Aix-en-Provence 26 septembre 1997, Joly, 1998, p.262, note E.Lepoutre.

[203] Voir l'article de P. Alix, « Travail salarié et travail non salarié », du 14 juin 2001 http://www.veille-rh.com. . Voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre Sociale, du 13 janvier 2000, Bull Civ V, 2000, n°20 : à propos d'un exercice d'une profession habituellement libérale « *lorsque la personne l'exerce au sein d'un établissement appartenant au donneur d'ordre et pour le compte de sa clientèle* ». Ces situations peuvent dissimuler un travail clandestin, entraînant pour l'entrepreneur des conséquences pénales, selon la Cour de cassation, Cass Crim 10 mars 1998, Bull Crim, 1998, n°95.

[204] Cette situation est encore d'actualité.

En outre, un salarié peut aussi (rarement !) prendre la qualification d'associé de la structure qui l'emploie, s'il prend *« une part effective au fonctionnement de la société sans rapport avec son emploi et s'il a un comportement d'associé avant même qu'il ne procède officiellement à l'achat des parts »*[205].

Quant au régime social d'un participant d'une société en participation, il dépend de la participation effective dans l'activité de la société[206].

52. Le juge qui n'est pas lié par la qualification donnée par les parties[207] peut utiliser des éléments postérieurs à la constitution de la société pour déterminer son existence[208]. « *La jurisprudence stricte qu'a la Cour de cassation en cette matière lui permet d'éliminer un grand nombre de fausses sociétés »*[209]. Néanmoins, la requalification du contrat ne peut avoir lieu lorsque les clauses de ce dernier explicitent clairement la volonté des parties[210].

53. Il nous faut à présent déterminer la nature de cette société en participation. Comme elle n'est pas détentrice de la personnalité morale, elle ne dépasse pas le stade de contrat. Il faut au préalable rappeler que présentes dans le Code civil dans son titre IX livre III les sociétés sont en premier lieu soumises au droit des contrats. Contrairement aux « sociétés institutions », elles restent avant tout régies par le droit des contrats. La nature intrinsèque de la société en partitipation est donc un contrat particulier. *« En faire un contrat à part entière permettrait d'appliquer à cette situation toutes les richesses du droit des contrats et d'éviter le recours à des emprunts discutables au droit des sociétés. Il s'agirait alors de mettre en œuvre*

[205] CA Paris 2 décembre 1987, Joly, 1988, n°121, p.375.

[206] S'il participe effectivement à l'activité de la société, il relève des régimes non-salariés, auquel cas il ne cotise pas sur leur part de bénéfice, mais peut déduire de celle-ci leurs autres revenus professionnels non-salariés, Cass Soc 18 décembre 1997, RJS, 1998, n°233, Cass Soc 28 mars 2002, RJS, 2002, n°746 : « *seuls peuvent être déduits de l'assiette des cotisations d'allocations familiales les déficits engendrés par l'exercice d'une activité professionnelle exercée, même à titre accessoire, régulièrement et personnellement par l'intéressé, ce qui implique de rechercher si un associé d'une société en participation exerce une activité professionnelle dans cette société »,* et Cass Soc 13 février 2003, RJS, 2003, n°540.

[207] Cass. Com. 12 octobre 1993, citée par M. Cozian, A.Viandier et F. Deboissy, *Droit des socié*tés, 16[ème] édition, Litec, 2003, p. 572 et Revue des Sociétés, 1994, p.283.

[208] Cass. Com. 12 octobre 1993, Joly, 1993, p. 1265, note M. Jeantin : « *l'affectio societatis doit exister au moment où la société est constituée, mais les éléments constitutifs de cette notion peuvent valablement être déduits du comportement ultérieur des parties* ».

[209] A. Cuisance note sous Cass Com 21 avril 1992, Joly, 1992, p.666 à propos des sociétés créées de fait, mais cette remarque est tout aussi justifiée pour les sociétés en participation.

[210] CA Paris 26 juin 1992, JCP, Ed. E., 1992, 172 note Alain Viandier et Jean-Jacques Caussain, RJDA, 1992, p.907, Joly, 1992, p.1104, note J.-J. Daigre.

pleinement la volonté des parties qui ont choisi clairement le contrat »[211]. La jurisprudence a depuis entamé cette voie[212].

C'est ainsi que les juges du fond, dès le début des années 1990, ont accepté une analyse purement contractuelle de la société en participation, allant jusqu'à en admettre la résolution. Or, les annotateurs de ces arrêts ont estimé que les décisions de la Cour, qualifiant le pool bancaire de société en participation, ne sont pas pas forcément satisfaisantes. Car « *il ne saurait être question de résolution du contrat de société sous prétexte que le gérant de la société (la banque chef de file) n'aurait pas respecté le mandat qu'il tenait de ses coassociés de subordonner le déblocage du crédit à conditions »*[213]. Cette remarque est justifiée par une certaine orthodoxie, notamment au regard du vocabulaire juridique. En effet, une société ne peut être résolue, mais doit être dissoute. De fait, le 26 novembre 1999, la Cour d'appel de Paris a rappelé que « *la convention liant la banque Monod à Sofic correspondait à une société en participation, chaque associé participant aux pertes de la société ainsi créée ; qu'ainsi elle ne peut réclamer son retrait du pool bancaire, ne pouvant qu'introduire une demande de dissolution de la société »*, les requérants ayant quant à eux invoqué la résolution[214]. La Cour rappelle néanmoins que, comme tout contrat, la nullité pour dol ou pour erreur peut être prononcée pour la société en participation. Cette mention de dissolution implique dès lors une certaine institutionnalisation de la société en participation. Or, cela nous semble peu compatible avec un contrat de participation[215].

Or le 27 mars 2001, la Cour de cassation analyse l'affaire en cause sur la base non du droit des sociétés mais du droit des contrats. « *Les relations entre les parties y sont soumises au seul droit des contrats, à l'exclusion de tout emprunt au droit des sociétés »*[216]. La Cour de cassation confirme ainsi implicitement la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris du 7 décembre 1993 ; de nouveau, le 20 novembre 2001, la Cour de cassation, résout l'affaire en

---

[211] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation » in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.

[212] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, p.2777 : *« la Cour d'appel a violé le principe de l'effet relatif des contrats et l'article 1165 du Code civil »*.

[213] F. J. Credot et Y. Gérard, note sous CA Paris 7 décembre 1993, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, mai-juin 1994, n°43, p.111.

[214] CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.432, note Y. Zein.

[215] Terme utilisé par la Cour de cassation ; Cass com 14 mai 2008 n° de pourvoi 06-20631 et 06-20833.

[216] J.-P. Storck, note sous Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677, à propos d'un pool bancaire dans lequel se posait la question des pouvoirs du gérant. La BRED avait participé à hauteur de 5% dans un pool en risque et trésorerie avec le CIC pour la réalisation d'un programme immobilier. Le CIC, gérant du pool, avait conclu un accord comportant abandon de créance avec le débiteur, dans le cadre d'une procédure en règlement amiable.

cause en se basant sur le droit des contrats. « *La Chambre commerciale de la Cour de cassation lève le doute. La société en participation est simplement un contrat spécial »*[217].

En outre, le 15 décembre 1998 la Cour de cassation, dans une affaire liée à une convention de croupier a rappelé le caractère éminemment contractuel de la société en participation, en utilisant le concept de « *convention de société en participation »*[218].

54. Aussi, l'objet de cette étude est de déterminer la nature de la société en participation, en tant que contrat spécial, tout en insistant sur ses spécificités. Cette démonstration repose sur la rencontre entre une doctrine relativement minoritaire et la jurisprudence analysant la société en participation comme un contrat, toutes deux faisant abstraction du droit des sociétés dans la résolution des litiges.

Différentes périodes se succèdent dans la « vie » [219] d'un contrat : sa formation, son exécution, voire son anéantissement. Comme tout contrat, la société en participation s'organise suivant ces intervalles temporels. Sa formation doit respecter quatre conditions essentielles[220] dont le consentement est le pivot de la genèse de l'engagement des participants. Dès sa constitution l'originalité de la société en participation par rapport aux sociétés – insitutions va se démontrer dans la prééminence de la liberté contractuelle, donc par voie de conséquence, du lien contractuel, mais aussi par la mouvance de ce contrat. C'est pourquoi, nous considérerons dans une première partie, la formation de la société en participation analysée en contrat de société en participation.

Comme tout contrat, en vertu de l'article 1134 du Code civil, la convention de société en participation doit être exécutée de bonne foi. Elle met en jeu le principe de fraternité contractuelle[221]. Elle s'analyse comme la « loi » des participants, créée, acceptée et respectée par eux. Dans une deuxième partie nous envisagerons alors son exécution et son anéantissement qui rappellent le caractère éminemment contractuel d'une telle société.

---

[217] J. Vallansan, note sous Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, n°59, p.277, à propos d'un groupement momentané d'entreprises : « *le problème soulevé est un problème d'opposabilité aux tiers. L'opposabilité du contrat aux tiers doit être distinguée de son effet relatif et de la force obligatoire. Si seules les parties sont engagées les unes par rapport aux autres par l'accord de volontés qu'elles ont conclu, le contrat peut emporter un certain nombre d'obligations pour les tiers. Ainsi le contrat de société en participation s'impose-t-il au tiers qui doit respecter les relations tissées avec les différents coassociés »*. Voir aussi D 2002 actualité jurisprudentielle.

[218] Cass Com 15 décembre 1998, D1999 J.516, note F. X. Testu.

[219] Certes le terme de « vie » n'est peut-être pas le plus adapté puisque la société en participation en terme de contrat ne naît pas et ne meurt pas, en raison de l'absence de personnalité morale.

[220] En vertu de l'article 1108 du Code civil, consentement, capacité, objet et cause.

[221] A.Bénabent, *Droit civil – les obligations*, Droit civil, Domat Montchrestien, 11ème édition, 2008, n°27 p.23 : à propos du contrôle exercé par le juge sur les contrats en général, « *l'esprit inspirant ce contrôle reposerait sur les nouveaux principes d'égalité contractuelle, d'équilibre contractuel, de bonne foi contractuelle, voire de fraternité contractuelle, ce dernier volet du tryptique laissant sceptique ».*

Première partie : La formation du contrat de société en participation

55. Les fondateurs d'une société en participation, y compris dans le cadre des sociétés d'exercice libéral, peuvent librement choisir la structure idoine par rapport à leur projet, sous réserve des dispositions légales ou règlementaires ou des normes jurisprudentiellement dégagées. *« La constitution des sociétés fait en effet figure de corollaire à la liberté du commerce et de l'industrie, qui compte parmi les libertés fondamentales de l'individu »*[222]. Ainsi, aux participants de choisir la forme juridique adaptée à leur projet, que cette forme prenne un contour social ou non.

Lorsque des entrepreneurs décident de créer une organisation ils tentent de la rendre la plus logique possible par rapport à leur volonté et leur perception du marché… Elle répond à l'identification du problème, à la conception qu'ils se font des solutions envisageables et finalement parmi les différentes solutions, au choix effectué par eux[223]. Face aux décisions optimales mais appartenant à un monde imaginaire, du même type que la concurrence pure et parfaite, le décideur doit se contenter de décisions satisfaisantes, adéquates et réalistes pour mener à bien son projet. « *Ainsi la micro-économie normative, en montrant que l'optimisation du monde réel est impossible, démontre que l'homme économique est en fait un « adéquateur » (satisficer), une personne qui accepte les solutions « assez bonnes », plutôt qu'un « optimisateur » : non pas qu'il préfère le moins au plus, mais parce qu'il ne peut pas trouver « la meilleure » »*[224]. De ce fait, l'organisation devient une entreprise contingente, répondant aux stratégies d'abord de ses fondateurs puis de ses membres[225].

Lorsque le choix des participants se porte sur une structure dépourvue de la personnalité morale, les obligations légales liées à la constitution de la société sont simplifiées par rapport aux sociétés dotées de la personnalité morale et les fondateurs vont pouvoir bénéficier d'une

---

[222] L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés – étude de droit comparé Angleterre – Espagne - France*, LGDJ, 2003, p. 343, n°313.

[223] Il s'agit du processus de prise de décision d'H.-A. Simon, « Rational decision making in business orgnizations », American Economic Review 1979 n°4 p.493 à 513, cité par G. Koenig, *Les théories de la firme,* Economica, collection Gestion Poche, 1998, p.55.

[224] H.-A. Simon, *Sciences des systèmes, sciences de l'artificiel,* Dunod, 1991, p.30 à 32.

[225] C. Thuderoz, *Sociologie des entreprises*, La Découverte, collection Repères, 1997, p.75.

totale, ou presque, liberté contractuelle, tant en droit français que dans bien des droits étrangers, notamment anglo-saxons. L'absence de personnalité morale a deux conséquences. La première est la confusion de la structure avec les personnalités des associés ; la seconde est la souplesse de fonctionnement d'une organisation sociétaire atypique[226]. Toutefois, pour que la qualification de société puisse être retenue, elle implique comme préalable l'existence du consentement, par le biais de l'affectio societatis. Il est indéniable que la définition, donc la détermination, de ce dernier n'est pas chose aisée. Le principe de l'autonomie de la volonté doit obligatoirement se retrouver dans l'affectio societatis : liberté de choix dans la forme de la structure, liberté de choix dans la personnalité même des fondateurs et des participants ultérieurs, liberté de choix dans l'organisation du groupement. Dans le monde actuel des affaires cette liberté de choix est quelquefois diminuée, voire inexistante, et se transforme en une obligation de s'associer. C'est cette problématique que nous étudierons dans un premier titre.

56. La qualification juridique de l'organisation mise en place par les entrepreneurs va elle-aussi poser le problème de sélection et de capacité de choix, face à des entités juridiques aux frontières d'une société en participation, notamment l'indivision conventionnelle. Cette difficulté de qualification juridique sera étudiée dans un deuxième titre.

[226] L.Convert, idem p. 347, n°318. Pour cet auteur, « *à structure sans personnalité, supplétif développé… L'impératif correspond* », pour les sociétés en participation de droit français, « *au défaut d'immatriculation qui est l'une des conditions sine qua non pour que la qualification de la société en participation puisse être retenue (article 1871 C.civ). L'exigence légale renforce de ce point de vue la liberté* ».

Titre premier : La liberté contractuelle

57. Plusieurs raisons expliquent les mariages d'entreprises[227] que sont ces aventures en commun. La constitution d'une société en participation rentre dans une politique générale d'alliances et de réseaux entre entreprises. Toutes ces alliances ne se caractérisent pas par la constitution de structures juridiquement indépendantes[228]. Telles les sociétés en participation, de simples contrats peuvent générer des alliances solides entre partenaires, y compris de nationalités différentes[229]. La participation générée peut avoir des tailles très variables : de petits réseaux aux grands pools bancaires[230]. Il peut s'agir d'une association horizontale, à savoir la réunion de sociétés concurrentes ayant le même marché et la même activité. Les objectifs sont dès lors la réduction de la concurrence, le partage du marché par le biais d'un cartel, l'augmentation de parts de marché et surtout, dans le cadre international, la réalisation d'actions communes. Quant aux associations verticales, elles se réalisent souvent par le recours à l'association ou au regroupement d'entreprises dans le cadre d'une stratégie de filière. « *Les grandes firmes possèdent le pouvoir, certes limité par des contraintes de concurrence, de fixer les prix, mais aussi de créer des avantages de coûts par leur action ou encore des avantages hors coûts, comme la production de biens nouveaux ou l'utilisation de nouvelles techniques de production* »[231]. Ce maillage entre entreprises n'est pas vraiment

---

[227] Voir pour l'état d'esprit l'article de S. Hattmer-Lefèvre « Ces drôles de bêtes enfantées par les fusions », Le Nouvel Economiste, n°1118 : « *qu'elles soient grandes ou petites, de même nationalité ou de nationalités différentes, elles se marient à tout-va. Et dans tous les secteurs* ».

[228] Dossier dans *L'Usine Nouvelle* du 25 mars 1999, « Ces réseaux qui font bouger la France » : « *Fini les réseaux institutionnels de grands patrons ! La mode est aux regroupements pragmatiques de dirigeants de terrain, qui veulent densifier leur environnement économique…. En union libre ou pour engranger des affaires, les chefs d'entreprise ne se font pas prier pour se retrouver entre eux. De plus en plus, les associations sectorielles font florès…* ».

[229] S. Urban, *Management International,* Les essentiels de la gestion, Edition Management Société, 1993, p.34 : « *le manager a aussi pour tâche de créer un maillage de partenariat et dans la mesure où l'économie est mondialisée cette recherche d'alliances ne peut se situer qu'à une échelle internationale. La vision nationale des entreprises semble périmée* ». A propos des réseaux, le professeur Sabine Urban explique que *les liens qui unissent les entreprises d'un réseau continuent aujourd'hui de ne pas être déterminés par des participations financières ; ils sont fondés d'abord sur l'élaboration de politiques et de stratégies d'ensemble, sur le montage d'opérations tactiques en groupes ou en sous-groupes. Les liens relèvent aussi de l'intérêt de grouper les moyens de « veille technologique » et l'information sur les marchés mondiaux* », S. Urban, idem, p.137 et 138.

[230] Dossier de *Challenges* de février 1992, p.32, « Réseaux : leur poids dans les affaires » : « *petits appareils et petites structures, mais qui comptent, il faut donc faire partie du plus grand nombre d'entre eux, les superposer, être multicarte pour progresser vite et bien dans sa carrière. En sachant que certains réseaux comptent plus que d'autres* ».

[231] M. Rainelli, *Le commerce international,* la Découverte, collection Repères, 5ème édition, 1996, p.103.

éloigné du système des *keiretsus* au Japon[232]. Mais il faut se garder du moindre angélisme dans le monde des affaires ; bien souvent les participations inégalitaires finissent par permettre à l'une des sociétés du réseau de s'approprier la part dominante de ce dernier[233].

58. Le contrat matérialisant ces alliances va devenir un instrument à leur service. La souplesse d'un contrat *« permet aux individus, aux agents de la vie économique, de s'adapter avec le maximum d'efficacité à l'infinie diversité de besoins sans cesse changeants »*[234]. La confiance des partenaires entre eux joue un rôle essentiel dans la réussite de l'élaboration du contrat et dans celle de l'évolution de la participation[235].

59. L'objectif pour le fournisseur est de s'assurer des débouchés réguliers ou importants, de contrôler le circuit de distribution en réduisant les coûts de diffusion ou d'accroître la rentabilité de l'ensemble constitué en intégrant les profits dégagés par les partenaires. Pour le client, il s'agit plus de contrôler la qualité et les prix des approvisionnements ou d'éliminer les autres utilisateurs de matière première ou d'en renchérir le coût.

60. Pour les PME[236] la mise en place de réseaux apparaît comme un enjeu stratégique en raison de leur taille, face à des clients ou des fournisseurs qui peuvent s'avérer plus puissants qu'elles. *« A cela, une solution qui sans être la panacée universelle se révèle riche de potentiels : se regrouper, échanger, travailler ensemble pour créer, innover et travailler en*

---

[232] E. Bouteiller et M. Fouquin, *Le développement économique de l'Asie orientale,* La Découverte , collection Repères, 1995, p.85 : « *grâce à un extraordinaire entremêlement de participations mineures croisées entre entreprises, les grands groupes se sont reconstitués sous forme de keiretsus (liens personnels entre les dirigeants des groupes). Les keiretsus n'ont pas d'existence juridique car les participations financières mutuelles sont limitées afin de satisfaire à la législation contre les cartels. Le véritable ciment de ces conglomérats est le sentiment d'appartenance et d'échange d'informations à haut niveau. Le seul indice concret est la réunion hebdomadaire qui regroupe les principaux dirigeants du groupe. Cette réalité très difficile à saisir, correspond à un capitalisme managérial où l'actionnaire a un rôle plus limité qu'en Occident* ».

[233] Dossier d'*Alternatives Economiques* de septembre 1998, « Fonds de pension, entreprises-réseaux…Le nouveau pouvoir économique » p.30, notamment p.37 : *« les réseaux d'entreprises constituent des structures inégalitaires avec, à leur tête, une firme qui cherche à s'approprier une part prédominante des richesses créées, en gardant la maîtrise des activités les plus stratégiques. Une situation par nature instable et fragile »*.

[234] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil - les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz 9ème édition, 2005, n°48 p.56.

[235] B. Baudry, *L'économie des relations interentreprises*, La Découverte, collection Repères, 1995, p.72 rappelle à propos du contrat de partenariat interentreprises, qui repose sur la confiance, les deux modes de conclusion :

- *« le gentlemen's agreement : l'accord est flexible et les contractants évitent ainsi d'avoir à négocier un contrat « complet ;*
- *la rédaction de contrats longs, le plus précis possible, «* contrats innommés *» comme la plupart des accords de coopération. Les clauses contractuelles résultent des négociations : principe de l'autonomie individuelle et de la liberté contractuelle »*.

D'autre part, « *la confiance constitue une réponse à l'apparition d'évènements –exogènes et endogènes- non prévus au départ de la relation, lorsque celle-ci est de longue durée* ».

[236] Petites et moyennes entreprises.

réseaux »[237]. Ainsi, ces alliances stratégiques se révèlent fondamentales aussi bien pour les grandes entreprises que pour les PME.

61. Outre ces objectifs classiques deux ou plusieurs entreprises peuvent, tout en demeurant juridiquement autonomes, s'associer pour entreprendre une nouvelle activité, se répartir divers éléments de leur activité traditionnelle, en fonction de leur spécialisation ou de réaliser des actions communes sur le plan des approvisionnements, du financement, de la recherche, de la production ou de la distribution. Ces associations constituent fréquemment une étape préalable à des regroupements structurés pouvant aller jusqu'à la réunion en une seule entreprise de plusieurs sociétés distinctes. « *Les partenaires doivent apprendre à évoluer dans un contexte de coopération, d'entraide, de création de valeur, de mise en commun des compétences pour obtenir un résultat auxquels seuls ils ne parviendraient pas »*[238]. Aussi paradoxalement que cela puisse paraître, les expériences de rapprochement à 51/49 s'avèrent plus créatrices de valeur que celle fondées sur l'équilibre à 50/50, en raison notamment du risque de blocage induit par une participation égalitaire. *« La création de valeur est une question de confiance, non de propriété »*[239]. Elle suppose la mise en commun de synergies, un réel partenariat fondé sur le respect mutuel et la volonté des participants de s'engager, dans le cadre de l'étape préliminaire d'approche stratégique, et de poursuivre l'action commune.. Cette exigence correspond ni plus, ni moins, à l'affectio societatis. *« L'alliance évolue ensuite selon son propre cycle de vie de création, de formation, d'apprentissage du partenariat ...»*[240].

62. Ces accords peuvent allier des entreprises de dimensions voisines pour mettre au point par exemple une technique nouvelle. Lorsqu'ils mettent en jeu des entreprises de dimension inégale, l'une d'elles peut exercer un effet de domination sur les autres[241], auxquelles elle impose ses conditions. Cet effet de domination existe à fortiori lorsqu'il est mis en œuvre entre deux entreprises. Néanmoins, il peut ne pas exister lorsque l'accord a été constitué en raison d'une spécialisation ou d'un savoir-faire détenu par la plus petite des deux entreprises, l'effet de domination ne jouant alors que sur le financement de l'opération.

---

[237] Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin, *Le point éco*, octobre – novembre 2009 p.28.
[238] I. Somerville et J. E. Mroz, « Des compétences nouvelles pour un monde nouveau », *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial, 1998, p.73.
[239] Ibidem.
[240] Ibidem.
[241] On retrouve ces situations dans le cadre des contrats de sous-traitance.

Créateurs de droits et d'obligations réciproques, ces accords sont généralement conclus pour une durée déterminée (une ou plusieurs années) à la différence de simples contrats commerciaux[242] qui sont limités à une seule transaction. A son terme, l'accord peut être abandonné, renouvelé ou modifié en fonction des résultats obtenus et de l'évolution économique. Bien évidemment, « *la réussite de ces accords de partenariat dépend de la capacité à travailler en réseau avec des tiers* »[243].

63. Nous envisagerons dans ce titre la problématique du consentement, portant sur l'intérêt juridique de ce partenariat, de cette aventure en commun, dans un chapitre premier, puis l'objet et la cause du contrat de société en participation, dans le deuxième chapitre.

---

[242] Notamment le contrat de vente.

[243] R.Galbraith, « L'organisation reconfigurable », *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial 1998 p.88 et 98.

Chapitre premier : La problématique du consentement

64. La globalisation de l'économie a induit la nécessité de créer des réseaux. De ce fait, *« nous nous orientons davantage vers une société des réseaux que vers une société du salariat »*[244]. Certes, la conception de l'entreprise liée à la propriété et donc au contrôle de l'entrepreneur perdure actuellement[245]. Mais, « *l'autorité et le contrôle sont de plus en plus tempérés voire remplacés par d'autres types de relations sous forme d'alliances, d'entreprises conjointes, de participations minoritaires, de transferts de savoir-faire, d'accord de marketing »*[246]. La société en participation participe de ce mouvement, notamment par la souplesse de sa création qui permet aux participants de changer rapidement leurs stratégies. Or, « *seules survivront les entreprises capables de développer leur capacité à changer rapidement de stratégie tout en évitant tension et dysfonctionnement ».* Mais, il s'avère que par la suite les participants doivent pouvoir s'adapter à un environnement en perpétuel mouvement, quitte à créer des organisations nouvelles, quelquefois révolutionnaires[247]. *« L'efficacité des nouvelles entreprises dépendra moins de leurs structures proprement dites que des moyens offerts par celles-ci pour créer et mettre en œuvre les modèles d'organisation et les systèmes sur lesquels repose l'entreprise »*[248]. La société en participation, souvent structure ad hoc, modèle de malléabilité, est particulièrement adaptée à ces mutations. Les partenaires peuvent la construire selon les nécessités de leur projet. Ils gardent une grande liberté dans la rédaction des statuts. Elle contribue à la tendance de ces dernières années : l'accroissement de « *la part de liberté laissée aux « utilisateurs » du droit dans l'organisation de leurs « affaires », particulièrement pour les opérateurs économiques »*[249], vital pour faire face aux changements et bouleversements économiques et sociaux actuels. L'absence de contingence drastique inhérente à la nature de la société en participation intensifie cette tendance actuelle.

---

[244] Peter F. Drucker, « Introduction : vers la nouvelle organisation », *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial, 1998, p.7.
[245] Ibidem.
[246] Ibidem.
[247] O. Gadiesh et S. Olivet « La restructuration au service du changement », *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial, 1998, p.64.
[248] Ibidem.
[249] J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD Civ, 1993 p.705.

65. En l'absence de structure juridique internationale, cette société se révèle en outre bien souvent la seule opportunité de concrétiser une aventure en commun. Elle devient dès lors un contrat de partenariat à façon. De ce fait, il s'agit pour les cocontractants d'organiser ce contrat.

66. Nous envisagerons donc dans ce chapitre l'intérêt de ce partenariat, mais aussi l'obligation de s'associer.

Section 1 : L'intérêt du partenariat : souplesse et adaptabilité

67. *« Puisque c'est la volonté de s'engager qui justifie la « force de loi » du contrat pour les parties, c'est elle qui constitue l'élément moteur de la formation du contrat : elle en est alors la condition essentielle »* [250]. Dans le cadre d'une société empreinte de liberté contractuelle, la problématique d'un consentement libre et exempt de vices est particulièrement fondamentale. Notons d'ores et déjà que malgré l'utilisation dans ces développements des termes d'alliance et de partenariat comme quasi-synonymes, chacun d'entre eux à en gestion une définition bien spécifique : en effet le terme d'alliance est plutôt réservé lorsqu'il s'agit de partenaires de même secteur, alors que celui de partenariat implique l'existence de différents secteurs d'activité[251].

---

[250] A.Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, n°54, p.43.

[251] « *Les alliances et partenariats sont des relations de coopération entre entreprises qui peuvent appartenir à un même secteur (alliances), à la même filière ou à des champs concurrentiels totalement différents (partenariats) et qui choisissent de mener à bien un projet ou une activité spécifique de manière conjointe, leurs activités hors de cet accord restant indépendantes* », selon le manuel *Les grandes manœuvres stratégiques,* coordonnateur général A. Dayan, Universités Francophone-AUPELF-UREF, Canada, 2002, livre 1 *Organisation, Management et Stratégie,* 1999, p.209. Les auteurs de ce tome font d'ailleurs (p.211 à 213) des distinctions au sein des alliances, le terme d'apports n'ayant pas son sens juridique traditionnel.

- *« Les alliances additives, où les partenaires apportent à l'alliance des actifs de même nature et s'associent pour commercialiser un seul produit. Ses alliances sont rarement rompues avant l'échéance et souvent renouvelées avec un autre projet ;*
- *les alliances d'intégration conjointe, où les partenaires apportent également des actifs de même nature mais où ils commercialisent chacun leur produit. Dès lors que les entreprises restent concurrentes, on peut s'attendre à des difficultés de coordination de leurs opérations communes qui pâtissent de l'existence de deux centres de décision. Aussi, ces alliances sont souvent rompues avant l'échéance et rarement reconduites ;*
- *les alliances complémentaires, où les partenaires participent sur la base d'apports de nature différente. Souvent, l'un des partenaires apporte des compétences en matière de production ou de conception,*

68. Comme tout contrat, la société en participation suppose un consentement éclairé et exempt de dol, eurreur ou violence, avec une cause et un objet licites et la capacité de s'engager. Cette dernière dans le cadre d'une activité commerciale implique nécessairement la capacité commerciale, donc l'absence d'associés mineurs même émancipés ou de majeurs incapables. En effet, en raison de l'inexistence de personnalité morale la responsabilité limitée aux apports est rendue impossible. Dans le cas des activités commerciales ce sont les règles de la société en nom collectif qui s'appliquent.

L'existence d'une cause ou d'un objet illicite ou immoral et le défaut de détermination de l'objet ou de la cause sont sanctionnés par la nullité absolue du contrat. Les vices du consentement se voient eux appliquer la nullité relative. L'absence de consentement est elle aussi en principe du ressort de la nullité relative[252], bien que certaines décisions considèrent qu'en son absence, « *aucune obligation contractuelle ne pouvant être établie* », la nullité devenant dès lors absolue en raison des circonstances de l'espèce[253]. Le critère de distinction porte sur la protection des intérêts en présence : de la Société, l'intérêt général, nullité absolue, d'un demandeur à titre particulier, nullité relative. Mais *« si les principes sont en la matière indiscutés, leur mise en œuvre ne va pas sans soulever certaines difficultés »*[254]. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si une situation relève de l'ordre public de protection ou de direction.

L'avant projet de réforme[255] conserve tout en le précisant la dichotomie entre nullité absolue et nullité relative. Comme tout contrat la société en participation peut faire l'objet d'une telle annulation[256].

A partir du moment où le contrat de société en participation est exempt de cause de nullité, il correspond en général à une structure à façon, déterminée par les participants, en fonction de leurs besoins, notamment en étant en adéquation avec la diversité des espaces internationaux,

---

l'autre partenaire prenant en charge la commercialisation. On constate que ce type d'alliance est fréquemment renouvelé mais débouche souvent sur la reprise de l'activité par un partenaire ».

Voir aussi pour l'évolution des alliances, B. Garrette, « Alliances et partenariats, vingt ans après », Revue Française de Gestion, juin - juillet 1997, p.64 : « *analysant quelques cas d'alliances entre concurrents, ces auteurs (*Hamel, Doz et Prahalad) *montraient en effet que le partenariat était avant tout un moyen pour l'un des partenaires de se renforcer au détriment de l'autre* ».

Néanmoins, la complémentarité d'activités entre les partenaires donne « *de meilleurs résultats que les joint-ventures entre firmes évoluant dans des secteurs sans lien avec l'autre* », selon P. Dussauge et B. Garrette, « Anticiper les conséquences des alliances stratégiques », Revue Française de Gestion, juillet-août 1997, p.106.

252 Cass Civ 1ère 1er mars 1988, Bull Civ I, n°56.

253 Cass Com 25 novembre 1997 n° de pourvoi 95-17631.

254 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil - les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz, 9ème édition, 2005, n°385, p.391.

255 P. Catala, *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La Documentation Française – Ministère de la Justice, rapport, juin 2006.

256 Cass Civ 3ème 29 mars 2006 n° de pourvoi 05-16032 à propos de l'annulation d'un contrat de vente qui avait induit l'adhésion de l'acheteur à une société en participation.

d'où l'une de ses appellations, la joint-venture. C'est pourquoi nous envisagerons dans un premier temps la société en participation en tant que concept opérationnel qui préserve les droits des associés puis l'alliance de joint-venture en tant qu'adéquation à la diversité des espaces internationaux.

Sous-section 1 : Une structure à façon : un concept opérationnel qui préserve néanmoins les droits des associés

69. Face aux mutations mondiales le but est de « *créer un système flexible permettant d'adapter les ressources aux opportunités. Dans nombre d'entreprises, la structure représente un obstacle dès qu'il s'agit de fournir rapidement une réponse adaptée aux besoins du marché* »[257]. La société en participation permet d'adapter une structure sociale souple au profit d'une problématique économique. En effet, du contrat de société dépend le type de réponses au marché. Certes, le contrat de société n'est qu'un des multiples contrats supports de l'activité juridique et économique de l'entreprise mais il en est l'élément fondamental, le pivot sans lequel la société ne peut fonctionner. En effet, « *ce contrat a des conséquences déterminantes sur la manière dont l'entreprise est gérée, est «* gouvernée » »[258], et cela plus spécifiquement dans les sociétés de personnes et a fortiori dans la société en participation où l'accord de volontés va primer dans bien des domaines de la vie sociale. Ce constat est dans la droite ligne des observations du professeur Jean Paillusseau[259]. Il nous semble qu'effectivement, malgré le caractère contractuel de la société en participation, ou peut-être pour cette raison même, l'organisation désirée par les participants prévoit un schéma adapté à la société en participation. C'est par essence même une méthode.

---

[257] CK. Prahalad, « Une nouvelle race de managers dans le paysage concurrentiel émergent », *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial, 1998, p.134.

[258] J.-P. Robé, *L'entreprise et le droit*, PUF, collection Que sais-je ?, 1999, p.19.

[259] J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD Civ, 1993, p.705 : citation déjà effectuée plus haut : « *une tendance culturelle a marqué ces dernières années : c'est la volonté d'accroître la part de liberté laissée aux «* utilisateurs *» du droit dans l'organisation de leurs «* affaires », *particulièrement pour les opérateurs économiques. Cet «* espace *» de liberté contractuelle est nécessaire pour leur permettre d'adapter leurs entreprises aux bouleversements économiques et sociaux qui affectent le monde actuel* ».
M. Delplanque, *La gouvernance globale*, thèse Nice 2000, www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/delplanque qui réfute « *la thèse de Paillusseau selon laquelle l'organisation juridique est un « système logique et cohérent » … « l'organisation juridique est une méthode » … « le concept d'organisation juridique est étranger à celui du positivisme »… « l'approche organisationnelle est exactement le contraire du dogmatisme » » (J. Paillusseau « Les apports du droit de l'entreprise au concept du droit, Dalloz 1997, chronique p. 97).*

70. L'élément substantiel de la société en participation devient alors son caractère contractuel, et plus exactement la réflexion permettant l'élaboration des statuts. « *Créer des règles suppose une réflexion préalable concernant l'opération envisagée : déterminer son objectif, fixer une ligne stratégique, évaluer sa contribution vis-à-vis du partenaire ainsi que de celle du cocontractant* »[260]. Cette réflexion mène à un bilan coûts / avantages de l'opération intégrant les dysfonctionnements éventuels, les risques prévisibles et les actions correctrices. *« Créer des règles signifie également formaliser la décision et ainsi assurer d'emblée une transparence des relations en instituant un ensemble équilibré des droits et obligations respectifs en termes précis, définissant pleinement les aspects techniques et financiers et comportant un mode de règlement efficace des litiges (...) »*[261]. Le contrat de participation devient dès lors, à part entière, un avantage concurrentiel au profit des contractants par rapport à leur environnement. Ce contrat devient une alliance stratégique « (…) *tournée vers l'avenir,* mais aussi, dans certains cas, une *possibilité de transférer une partie du risque sur un autre agent économique tout en renforçant sa notoriété »*[262]. Apparaissent alors les deux fonctions classiques d'un contrat quel qu'il soit : la fonction normative, en intégrant « *dans les relations interpersonnelles des normes de comportements* »[263], mais aussi celle de sécurisation des transactions. Il est en tant que tel une variable du principe de sécurité juridique. *« Le contrat devient alors un outil conceptuel permettant à l'entreprise d'envisager des relations avec ses partenaires sur une longue période et construire des relations de confiance avec toutes les retombées positives »*[264].

71. Ce contrat devrait pouvoir perdurer, au moins dans l'esprit, dans les structures qui jouxtent ou remplacent par la suite la société en participation si celle-ci n'est pas fondée sur un projet dont l'horizon est le court terme. En tout état de cause, dans le cadre de la société en participation, le contrat va s'imposer tant aux associés fondateurs qu'à ceux qui rejoignent la structure au cours de sa « vie ». « *Le contrat est alors une technique de gestion, indissociable de la rentabilité de l'entreprise, qu'il convient de maîtriser* »[265]. Face à un environnement instable, il est l'un des instruments de stabilité, une force pour l'organisation, permettant de

[260] L. Halfon « La maîtrise de l'outil contractuel : facteur de différentiation », *Droit et Gestion de l'entreprise*, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, IAE de Paris, Vuibert Gestion, ESUG Toulouse, novembre 1993, p.130.
[261] Ibidem.
[262] L. Halfon idem p.132 et 133.
[263] L. Halfon idem p.139.
[264] Ibidem.
[265] Ibidem.

répondre aux menaces externes et de saisir les opportunités. « *Bien maîtrisé, il peut ouvrir de véritables marchés aux entreprises et donc permettre une stratégie de croissance »*[266].

La liberté contractuelle n'a néanmoins pas la même intensité selon que la particpation est ou n'est pas une société d'exercice libéral (SEL). C'est pourquoi, nous envisagerons la situation des associés dans les sociétés en participation « classique », puis dans la SEL.

§ I) La liberté contractuelle encadrée

72. Comme pour tout statut de société les participants doivent se conformer aux règles impératives. L'article 1871 du Code civil définissant la société en participation indique ces règles énoncées dans le Code civil aux articles 1832[267], 1832-1[268], 1833[269], 1836 deuxième alinéa[270], 1841[271], 1844 premier alinéa[272] et 1844-1 deuxième alinéa[273]. La loi joue dès lors le rôle de cadre institutionnel évitant toute irrégularité et protégeant ainsi tant les participants que le monde des affaires. Elle apparaît comme un instrument de régulation. Hormis ces quelques règles impératives[274], la liberté contractuelle, « *due à l'absence de personnalité morale »*[275], est de mise ; néanmoins, pour faciliter la tâche de rédaction des statuts, outre un régime supplétif légal[276], il existe un certain nombre de statuts types adaptés aux objets principaux des accords en participation. En effet, soit les associés se réfèrent aux règles des sociétés civiles, pour les activités civiles, ou aux sociétés en nom collectif, lorsque l'objet social est commercial, soit ils élaborent un pacte social à façon, notamment pour gérer leurs

---

[266] Ibidem

[267] Il s'agit du nombre minimum requis d'associés, des apports, du partage des bénéfices ou des pertes ou du profit de l'économie réalisée par l'opération.

[268] Il concerne la société créée entre époux.

[269] Il y est question de l'objet licite et de l'intérêt commun des associés.

[270]« *En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement celui-ci* ».

[271] Il concerne l'interdiction de faire appel public à l'épargne ou d'émettre des titres négociables.

[272] « *Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ».

[273] « *La stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ».

[274] Fenet, « Discours préliminaire », I, p.510 cité par H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil – obligations et biens,* tome 2 Montchrestien 1962, n°28 : « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* ». Il s'agit bien évidemment, dans ce cas de figure, de restrictions à la liberté essentiellement fondées sur une équité entre associés et un « intérêt » social.

[275] D. Gibirila, *Droit des sociétés,* Université –Droit Ellipses 1997, p. 143.

[276] Enoncé à l'article 1872 du Code civil et relatif à la propriété des biens « sociaux » : « *chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à disposition de la société »,* selon D. Vidal, *Droit des sociétés,* LGDJ, Collection Manuels, 1993, p.300. Notons que le deuxième alinéa de l'article 1872-2 crée un deuxième régime supplétif légal, complétant celui de la « propriété » des biens « sociaux » : « à *moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute* ». Une deuxième affirmation de cette liberté contractuelle encadrée !

rapports[277]. « *Toutes les constructions contractuelles sont donc possibles pour régir les rapports entre associés, dans le respect cependant des règles d'ordre public (ex. : le déséquilibre des obligations ne doit pas être tel qu'un risque de qualification d'abus de biens sociaux soit possible) »*[278]. L'exemple le plus explicite concerne la cession de leurs droits dans la participation. « *Ainsi les associés ont le droit de céder leurs parts soit avec l'accord de tous les autres associés, soit dans les conditions prévues par les contrats ou conventions »*[279].

Le juge, hormis l'existence de clauses illégales, ne peut remettre en cause ce que les participants ont librement consenti dans les statuts[280] en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Néanmoins, tout en tenant compte de la volonté des parties en cause, il pourrait être amené à requalifier le contrat[281]. Le contrat de société en participation est la loi des parties[282], en vertu de l'article 1134 du Code civil[283]. « *La règle exprimée dans l'article 1134 du Code civil… signifie que le droit peut avoir confiance dans les contrats libres : que sous* [certaines] *conditions générales…, il peut faire des individus les propres régulateurs de leurs intérêts réciproques, et leur reconnaître dans ce rôle une large compétence »*[284]. Cette règle devient alors un mécanisme régulateur : la liberté contractuelle implique son corrollaire la

---

[277] Article 1871-1 du Code civil : « *à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif* ». Toutefois, la spécificité de la société en participation est précisée dans l'article 1872-1 du Code civil régissant les rapports entre les associés et les tiers.

[278] O. Delsalle, « Le contrat de coproduction », http://194.250.166.236/TISSANIEJL/1acte/Ctcoprod.htm, controleurssaf.

[279] Ibidem.

[280] CA Poitiers 5 février 1992, Droit des Sociétés, 1992, n°248, note Thierry Bonneau, à propos d'une convention de partage en cas de dissolution de la société en participation : *le juge n'ayant pas à contester l'équilibre discutable du contrat.*

[281] F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux,* Droit Privé, Précis Dalloz, 5ème édition, 2000, n°26, p.27 : *« la volonté est une donnée élémentaire du contrat. Elle doit être intègre, parfois lucide, et surtout coexister avec une autre volonté. Il appartient aux parties d'exprimer cette volonté et de dire ce qu'elles veulent. Mais la volonté des parties ne permet pas de contenir les contrats ni de les classer. Une classification ne peut se faire que sur des bases objectives, qu'à partir de critères invariables : la condition n'est pas remplie par la volonté ou les volontés individuelles. Seulement si la volonté des parties n'est pas un critère de classification, elle peut être un élément de qualification ».*

[282] Les statuts « *fixent la loi fondamentale de la société*», M. Jeantin, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3ème édition, 1994, n°41, p.27.

[283] Article 1134 alinéa 1er du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cet article reprend le principe enoncé par Domat en 1689.
Domat, *Les lois civiles,* 1689 : « *les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que sur leur consentement commun.… Les conventions illicites sont celles qui blessent les lois ; et comme il y a deux sortes de lois, celles qui sont du droit naturel, et celles qui blessent le droit naturel, les bonnes mœurs et celles qui sont contraires au droit positif* », cité par P. Glaudet, « Le Code Napoléon, fondateur de la Nation Française », Defrénois, 2004, p.621.

[284] E. Gounot, « La liberté des contrats et ses justes limites », Semaines sociales de France, 1938, p.321, article reproduit dans H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil – obligations et biens,* tome 2, Montchrestien, 1962, lectures p.101. Voir aussi E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté, en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* thèse Paris 1912, p.27 : « *volonté libre, initiale et souveraine qui appartient à tout homme… de la volonté libre, tout procède, à elle tout aboutit* ».

responsabilité contractuelle. *« Car tant qu'il s'agira d'individus normaux, placés, en fait, par le jeu des lois et des institutions dans des conditions sensiblement égales, la règle d'équivalence sera respectée, et par là les besoins légitimes de chacun et de tous également satisfaits »*[285]. L'objectif des quelques règles impératives citées ci-dessus est, semble-t-il, d'assurer la règle d'équivalence, ce qui implique la non-possibilité pour le juge de modifier l'économie du contrat, dès lors que ces règles ont été respectées. C'est l'affirmation nette du principe d'autonomie[286] et plus particulièrement de celle de la volonté[287], protégée par l'intuitus personae, ce dernier mécanisme assurant aux participants l'absence d'intrusion indésirable dans l'organisation. La définition kantienne[288] de l'autonomie de la volonté, selon laquelle de la raison pure émane la notion d'individu libre, correspond bien à la philosophie de la société en participation. En effet, le libre arbitre des participants génère non seulement le contrat, mais aussi l'organisation même de la structure[289]. Car dans les statuts figurent le nom et la qualité des participants, l'objet qui doit intégrer dans le cadre des marchés de travaux la possibilité pour la société en participation de se charger de l'organisation et de la

---

285 Ibidem.

286 A savoir « *l'indépendance, la possibilité de décider pour un organisme, pour un individu, par rapport à un pouvoir central, à une hiérarchie, une autorité* », selon *Le Petit Larousse Illustré*. On peut aussi envisager l'autonomie comme « *la capacité à gérer ses interdépendances. Accéder à l'autonomie, c'est avoir prise sur ses interdépendances, c'est-à-dire être capable de se situer dans ses relations avec les autres et de négocier les situations. Au sein de l'organisation, l'indépendance est un leurre, alors que l'autonomie est apprentissage* », selon le Centre des Jeunes Dirigeants d'Entreprise (CJE), *L'entreprise au XXIème siècle*, Flammarion, 1996, p.37

287 E. Kant, *Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit*, Librairie Philosophique J. Vrin, édition de 1993, p. 87 : « *la faculté de désirer suivant des concepts, dans la mesure où son principe de détermination à l'action se trouve en elle-même et non dans l'objet, est dite la faculté de faire ou de ne pas faire suivant son gré. Dans la mesure où cette faculté est liée à la conscience de la faculté d'agir pour produire l'objet, elle s'appelle l'arbitre… La volonté est donc la faculté de désirer considérée non point tant par rapport à l'action (comme l'arbitre) que par rapport au principe de détermination de l'arbitre à l'action. Elle n'est donc point, en ce qui la regarde strictement, principe de détermination, mais, dans la mesure où elle peut déterminer l'arbitre, elle est la raison pratique elle-même. C'est dans la mesure où la raison peut en général déterminer la faculté de désirer que l'arbitre, et même le simple vœu, peuvent être compris sous la volonté ...* ». Voir aussi l'étude des développements du rôle de la volonté de D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats,* LGDJ, 1999, p.390 à 404.

288 Certes, on peut reprocher aux écrits de Kant une certaine absence de réalisme juridique –« *Nous laissons au philosophe, si le philosophe accepte d'entrer dans les perspectives de Kant, le plaisir de le suivre sur sa route ; notre affaire à nous est de montrer que cette route touche à peine la nôtre* », selon Michel Villey, « Préface », *La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique,* E. Kant, *Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit*, Librairie Philosophique J. Vrin édition de 1993 p.17. Voir aussi M. Villey, *Kant dans l'histoire du droit,* Annales de philosophie politique, PUF, 1962 p.72 : l'autonomie de la volonté, « *empruntée de la philosophie morale de Kant*, a été *transposée avec plus ou moins de bonheur, avec plus ou moins de pédantisme, sur le terrain du droit* ».

289 « *Or c'était cette conséquence à tout point inévitable qui faisait que tout effort pour trouver un principe suprême du devoir était perdu sans retour. Car on ne découvrait jamais le devoir, mais la nécessité d'agir par un certain intérêt. Que cet intérêt fût un intérêt personnel ou un intérêt étranger, l'impératif affectait toujours alors nécessairement un caractère conditionnel et ne pouvait en rien être bon pour le commandement moral. J'appellerai donc ce principe, principe de l'autonomie de la volonté, en opposition avec tous les autres principes, que pour cela je mets au compte de l'hétéronomie* », selon E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit*, Librairie Philosophique J. Vrin, édition de 1997, p.110.

réalisation de travaux supplémentaires demandés par le donneur d'ordre[290], la durée qui est normalement adaptée à l'opération envisagée[291], les « apports » effectués par chacun des associés, ou plus exactement leur industrie ou les biens mis à disposition par chacun d'eux, l'organisation et la composition du comité de direction et de la « gérance »[292], la « dissolution » de la société. A propos des accords inscrits dans la co-traitance, « *le souci de rationaliser les tâches et de trouver un équilibre des pouvoirs entre les différents associés conduit le plus souvent ceux-ci à cantonner le gérant dans une fonction de gestion administrative et comptable »*[293].

73. Les participants disposent, en apparence, des droits classiques liés à tout type de sociétés. En réalité il leur faut organiser, à façon, l'opération spécifique. Celle-ci, même de courte durée, peut néanmoins prendre quelques années. Se posent alors les « traditionnelles » questions de la « gérance », ou plutôt de nomination d'un chef de file, de la reddition des comptes, de l'information mise à disposition des participants… En tant que contrat à exécution continue elles sont inhérentes à la nature contractuelle de la société en participation : les participants. Les membres ayant rempli leurs obligations ont en corollaire des droits.

74. Les participants ont bien évidemment le droit d'intervenir dans la gestion de la société en participation, soit en devenant chef de file, soit grâce aux réunions, appelées souvent par la doctrine « assemblées générales ». Or le terme d'assemblée générale nous semble tout aussi

---

[290] J.-P. Babando, « Marchés de travaux, maîtrisez les risques d'une société en participation », MTP, n°5163 du 8 novembre 2002, p.72.

[291] « *La durée de la société en participation est librement fixée par les associés. Elle peut être conclue pour une durée indéterminée (à la différence des sociétés dotées de la personnalité morale). Elle peut être dissoute à tout moment sur simple notification d'un associé adressée aux autres associés, «* pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps » *(article 1872-2 alinéa 1 du Code civil) »,* selon M. de Juglart et B. Ippolito, *Cours de Droit Commercial - Les Sociétés Commerciales,* 2ème volume, 9ème édition, Montchrestien, 1992, p.344. On comprend dans ces conditions pourquoi la fixation de la durée est particulièrement fondamentale dans le cadre d'une cotraitance. En effet, « *dans les statuts, il conviendra de définir soigneusement l'objet de la société en participation, puisque c'est, en fait, cet objet qui établira la durée de l'engagement de chacun des associés. Cette question est importante car, dès lors que la société en participation deviendrait déficitaire, certains des associés pourraient être tentés de quitter à leur gré la société »*, J.-P.Babando, « Marchés de travaux, maîtrisez les risques d'une société en participation », MTP, n°5163 du 8 novembre 2002, p.72.

[292] « *Vis–à-vis des associés, le gérant ne pourra arguer d'une habilitation générale qu'à défaut d'une détermination plus précise de ses pouvoirs dans le pacte social. C'est donc aux associés eux-mêmes qu'échoit, en bonne logique, le soin de garantir et préserver leurs intérêts. La loi substitue seulement sa volonté à leur négligence ou omission. Mais elle les laisse libres de traduire dans les statuts leur prudence et leur circonspection »*, selon D. Martin, « Les pouvoirs des gérants de sociétés de personnes », RTD Com, 1973, p.185.

[293] J.-P. Babando, *Groupements d'entreprises et cotraitance,* Collection l'Actualité Juridique-Droit Administratif, MTP AJDA p.69.

inapproprié que celui d'apports. Car il ne s'agit nullement d'une évaluation du patrimoine de la société en participation, puisqu'elle n'est pas titulaire d'un patrimoine, mais plutôt d'une simple reddition des comptes, d'une évaluation de la situation de l'aventure en commun.

Outre les pouvoirs du chef de file, il convient soit de déterminer les conditions de sa révocation, soit de se reporter dans les relations internes « en tant que de besoin » aux règles des sociétés en nom collectif pour les sociétés commerciales ou à celles des sociétés civiles. Nous verrons par la suite que le chef de file se rapproche d'un commissionnaire, qu'il serait possible de désigner par la terminologie de « commissionnaire d'intérêt commun ». Rappelons en outre que le chef de file n'est pas forcément un associé ; dès lors, le mandat exclusif confié au chef de file non associé d'une société en participation, pour représenter les co-associés de la société vis-à-vis des tiers dans un lien de dépendance économique et de subordination, doit être considéré comme un mandat salarié[294]. En outre, dans toutes sociétés sans personnalité morale la désignation des chefs de file est facultative, tous les participants devenant dès lors co-chefs de file. Néanmoins, dans le cadre d'une société en participation non révélée il est, nous semble-t-il, préférable de prévoir l'organisation de la « gérance », sinon la « cogérance » risque d'avoir pour effet de la transformer en société ostensible.
Le droit des associés non chefs de file est protégé par leur capacité à le révoquer. Sa responsabilité va pouvoir être engagée soit en fonction des dispositions statutaires, soit judiciairement pour justes motifs, notamment les dépassements de pouvoir effectués par lui[295] . Le contrat organisant la participation va déterminer le mode de coordination des entreprises participantes et les obliger à respecter leurs engagements. Il devient ainsi un élément moteur du bénéfice potentiel partagé entre eux par la suite. *« Il constitue une réponse à l'imperfection des informations du marché et à l'insuffisance de la rationalité des agents ; il constitue également une alternative au marché entendu comme une organisation automatique : la main invisible du management succède à la main invisible d'Adam*

[294] J.-F. Barbieri, note sous CA Paris 3 avril 1992, Joly, 1992, p.669 ; donc le litige relève de la compétence du Conseil de Prud'hommes.
[295] « *Si un gérant a été désigné, les associés seront responsables des actes accomplis par lui en application des pouvoirs qui lui ont été conférés* », bien que cet engagement vis-à-vis des tiers dépende de la caractéristique de la société en participation, occulte ou ostensible. « *Les participants ne seront en revanche pas tenus des dépassements de pouvoirs, car le gérant est responsable pour faute des actes passés en violation du pacte social ou de l'intérêt social* », selon S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés – les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p.285.
Cass Com 12 mars 1952, Bull Civ III, n°126 : « *le simple retard apporté par le gérant à la reddition des comptes n'est pas un motif suffisant en l'absence de dol ou de faute lourde.* CA Versailles 23 janvier 1992 Joly 1992 p.456 : *la prescription de droit commun est applicable à l'action engagée à son encontre par ses coassociés* ». En cas de cumul avec un contrat de travail, il convient de distinguer les deux actions (révocation et licenciement), CA Paris 3 avril 1992, Joly, 1992, n°219, p.669.

Smith »[296]. Il nous semble qu'il faille entendre la fonction de « gérance » comme celle organisant l'aventure en commun. De même que la conception libérale de l'économie induit la liberté contractuelle, la régulation juridique atténue les imperfections du libéralisme. Le contrat prend alors le caractère de vecteur de cette régulation.

75. Le deuxième droit des membres de la société concerne la participation aux bénéfices de l'opération, à ses économies et le cas échéant à ses pertes[297]. C'est l'un des points de divergence avec le consortium français[298]. Si les participants ont la liberté de fixer la modalité de la répartition, il ressort de l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil, qu'ils ne peuvent prévoir une clause léonine[299]. Les modalités de calcul de la répartition des bénéfices vont suivre l'état d'esprit du superdividende.

76. Vient ensuite le droit de « céder ses parts »[300] avec l'accord des autres associés ou selon les modalités spécifiques prévues par le pacte social. Le terme de cession de parts apparaît tout aussi inapproprié que celui d'apports. Car, à défaut de capital social et surtout de personnalité juridique, il ne peut réellement exister de parts sociales proprement dites le constituant. Il s'agit alors plus simplement de droits dans un contrat à façon et donc d'une cession de contrat[301]. Dans ce domaine, le jus fraternitatis intensifie l'intuitus personae des sociétés de personnes. Toutefois, si l'analyse contractuelle est poussée à son terme, « *il ne saurait donc être question de cessions de parts sociales, mais de cessions de créances »*[302] . En effet, la participation implique la mise à disposition d'industrie ou de biens. Ces derniers restent la propriété du participant. Dans ce cas, il détient bien une créance sur l'organisation.

[296] D. Ferrier, *Droit de la distribution,* Litec, 3ème édition, 2002, n°62, p.36.
[297] CA Paris 11 février 2000, Joly, 2000, n°125, p.567, note J.-J. Daigre, à propos du spectacle « Zizi chante Gainsbourg » : « *la contribution de chacun des associés d'une société en participation aux dettes réglées par l'associé-gérant est régie par les dispositions du contrat de société établi entre eux* ».
[298] Rappelons qu'il s'agit d'un élément caractérisant la société en participation ou créée de fait : voir Cass Com 16 juin 1998, D. Affaires, 1998, p.1537. CA Paris 29 mai 1992, RJDA, 1992, n°914 : « *faute de participation aux bénéfices et aux pertes, il ne peut y avoir affectio societatis* » et Revue des Sociétés, 1992, p.797, note dans laquelle le professeur Yves Guyon constate que le requérant *« aurait été sans doute mieux inspiré en se plaçant sur le terrain des sociétés apparentes, ce qui l'aurait dispensé de prouver par tous moyens les éléments de société créée de fait »*. Cass Com 15 juillet 1969, Bull Civ IV, n°271, CA Toulouse 25 octobre 1995, Bull Inf C. Cass 1996, n°276 ou Cass Com 15 juin 1993, Joly, 1993, p.1262, note Y. Chaput concernant la « *détermination de la contribution aux dettes sociales* ».
[299] Cass Civ 1ère 29 octobre 1990, Joly, 1990, p.1052, note P. Le Cannu, à propos d'un portage : « *les charges et profits doivent être répartis dans les proportions déterminées par la convention* ».
[300] Il peut dès lors demander au juge des référés, en cas de contestation sur la valeur des parts, la désignation d'un expert, en application de l'article 1843-4 du Code civil, selon Cass Civ 1ère 2 juin 1987, D1987 IR p .151. et Joly 1987 p.636. Par la suite, il est souhaitable que la cession de droits soit enregistrée pour lui donner date certaine (Cass Com 3 février 1982, Joly, 1982, p.281).
[301] Qui sera essentiellement étudiée par la suite.
[302] J.-P. Storck, note sous Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001.II.1677.

Cette créance peut s'accompagner de dette ; aussi le terme le plus adéquat reste-t-il la cession de contrat.

77. Le droit suivant concerne le droit d'agir contre les coparticipants afin qu'ils respectent leurs engagements réciproques ou d'obtenir le remboursement de leurs parts de dépenses engagées… Son fondement est simplement le respect de l'engagement contractuel pris par chaque participant. Ce droit d'agir peut aller jusqu'à l'exclusion d'un associé, dans le cadre d'une société civile, à la suite d'une décision prise à la majorité des membres du groupement[303]. Toutefois, en l'absence de dispositions particulières dans les statuts prévoyant une indemnisation, l'associé « *qui évince son partenaire brutalement doit être condamné à lui verser une indemnité* »[304] déterminée judiciairement *« s'il ne peut invoquer à l'encontre de ce dernier un comportement qui nuirait de façon grave à l'affectio societatis »*[305], à savoir la faute commise par *« l'auteur de la rupture qui contraint ainsi son co-associé à quitter la société »*[306]. La non-réalisation de l'obligation « d'apport » par l'un des associés peut aller jusqu'au prononcé par le juge de la nullité de la société en participation[307]. Ce droit est simplement l'application de l'article 1134 du Code civil qui oblige les parties à un contrat à l'exécuter, qui plus est, de bonne foi.

78. Les participants ont aussi le droit d'information, notamment comptable sur la situation de la société. Il s'agit notamment de la reddition des comptes mise à la disposition des participants.

---

[303] Cass Civ 1ère 25 janvier 2000, Defrénois, 2000, p.500 note J. Honorat, à propos des Gipsy Kings : « *justifie légalement sa décision une Cour d'appel qui, après avoir caractérisé la constatation d'une société créée de fait par la volonté de ses membres de collaborer à l'exploitation des œuvres créées en commun, constate que la révocation du gérant et son exclusion du groupe, fondées sur des fautes de gestion, ont été prises à la majorité des membres du groupe* ». En réalité, il s'agit probablement plus d'une société en participation que créée de fait. « *Cette allusion à la majorité des associés là où, selon la Cour d'appel, il s'agissait d'une unanimité, laisse place à beaucoup d'interrogations. S'agit-il d'une simple inadvertance ? La Cour de cassation veut-elle, au contraire, faire comprendre que l'unanimité n'est nullement nécessaire à la révocation du gérant et que, comme le prévoit l'article 1851 du Code civil, en matière de société civile, la majorité (en l'absence de clauses contractuelles contraires) suffit à la régularité de la mesure ?* » .

[304] C. Champaud note sous Cass Com 23 janvier 1990, RTD Com, 1991, p.398 et Droit des Sociétés, 1990, n°133, à propos d'une société créée de fait ; mais il nous semble que la solution serait de même, en l'absence de dispositions particulières dans les statuts, pour une société en participation.

[305] Ibidem.

[306] Ibidem.

[307] Cass Com 7 juillet 1953, Bull Civ III, 1953, n°254 : « *après avoir constaté que l'un des associés n'avait pas réalisé l'apport en industrie prévu à sa charge et qu'il se trouvait affranchi par les dispositions du contrat de toute participation aux pertes éventuelles* ».

79. Ils ont aussi le droit de participer aux « assemblées générales » (ou aux consultations par correspondance, à défaut d'assemblée) pour lesquelles les statuts doivent prévoir les modalités de réunions, aux fins, entre autres, de statuer sur les comptes sociaux. Il est peut-être plus judicieux d'utiliser le terme de réunion des participants, dans la mesure où elle est liée à une reddition des comptes. L'article 1871-1 du Code civil prévoit que les décisions doivent être prises à l'unanimité, mais il ne s'agit que d'une règle supplétive[308]. Se pose en effet la question de l'existence d'une Assemblée Générale d'associés, notamment ordinaire. En effet, il ne s'agit nullement d'une détermination du patrimoine de la société en participation transmise aux participants, puisqu'elle n'est pas titulaire d'un patrimoine, mais d'une reddition des comptes, d'une simple évaluation de la situation financière de l'aventure en commun. En outre, les participants sont libres d'organiser les modalités de leurs réunions (présence, courriers d'information…). Pour autant, il est logique de prévoir l'unanimité des participants pour modifier le contrat de société en participation[309], eu égard surtout à la nature contractuelle de la structure, fondée sur le consensualisme ou au moins une majorité qualifiée.

80. Par application de l'article 1134 du Code civil, le contrat étant la loi des parties, chaque participant à la société en participation doit évidemment respecter le contrat, matérialisé ou non par des statuts écrits*[310]* qu'ils ont eux-mêmes façonnés[311], notamment les obligations le

---

[308] « *A moins qu'une autre organisation n'ait été choisie* ».

[309] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767 : « *dans un cadre contractuel, il ne saurait être question d'assemblée ou même de réunion des associés. Ce sont les mécanismes contractuels qui seuls permettent de dire comment les contractants pourront décider. S'il s'agit de modifier le contrat, l'accord de tous s'impose, l'article 1134 du Code civil s'opposant à toute décision prise par une majorité* ».

[310] F. Terré, Ph. Simler et Y.Lequette, *Droit Civil - les obligations*, Droit Privé, Précis Dalloz 9ème édition, 2005, n°24 p.31 : En effet, « *quant au fond, la liberté contractuelle s'exprime à travers une triple faculté : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son cocontractant, déterminer librement le contenu du contrat. Quant à la forme, la liberté contractuelle postule le consensualisme. L'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat. Peu importe la forme dans laquelle il est constaté. La volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme* ».

[311] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires*, thèse Paris IX, 2000, p. 62 : « *deux actionnaires de Canal Plus, les sociétés Havas et Compagnie Générale des Eaux, ont conclu en février 1994 une convention de société en participation. L'objet de cette société en participation était alors d'assurer la gestion en commun des participations (43,6 % du capital et des droits de vote de Canal Plus) en vue de mettre en œuvre une politique concertée vis-à-vis de Canal Plus. Cette convention était accessoire à un pacte d'actionnaires conclu entre Havas, la Compagnie Générale des Eaux et la Société Générale, qui comprenait un droit de préemption réciproque et un engagement de concertation avant toute acquisition de titres Canal Plus. Cette convention était aussi accessoire à une action de concert vis-à-vis de Canal Plus. Il était prévu par les statuts que les droits étaient apportés en jouissance à la société en participation, chaque associé conservant la propriété des titres Canal Plus et conservant également sa liberté de décision concernant l'exercice des droits patrimoniaux attachés à ces titres sous réserve des conventions en vigueur. Chaque associé s'obligeait à exercer, céder ou laisser expirer ses droits qu'après avoir informé de sa décision l'ensemble des autres associés, les parts de la société en participation ne pouvant être cédées sans le consentement de tous les associés. Enfin, la gérance de la société en participation était assurée par deux gérants, chacun étant désigné par l'un des deux groupes et d'un commun accord, les droits de vote attachés aux actions dont la jouissance*

concernant[312] telle que la libération des biens mis à la disposition de la société en participation[313]… Certains associés peuvent se voir investir de missions particulières, notamment techniques. Il s'agit, pour les marchés publics, du pilote technique. « *Lorsqu'il existe un pilote technique spécialement chargé des relations avec le maître d'ouvrage et de la gestion opérationnelle du chantier, celui-ci assume, tout comme le gérant, des responsabilités inhérentes aux tâches qui lui sont assignées »*[314]. Les cas d'engagement de sa responsabilité par les autres associés correspondent au défaut de coordination du chantier, entraînant sa désorganisation, ou des dommages aux ouvrages en raison de négligence ou de retard dans la préparation des situations des travaux[315].

81. Cette liberté contractuelle encadrée met en évidence l'analyse conventionnelle [316], faite par les juges, de la société en participation, et surtout sa pertinence. Le contrat de société en participation répond aux exigences de la liberté contractuelle, et cela plus que toute autre structure du droit des sociétés. Le contrat de société en participation apparaît dès lors comme l'élément substantiel de cette organisation, reléguant quasiment au deuxième plan un examen basé sur le droit des sociétés. Ainsi, se justifient des actions fondées sur la résolution[317] de la participation, comme sous-entendant la résolution du contrat de société en participation[318]. Le contrat de société en participation apparaît alors comme un contrat de collaboration spécifique[319]. Mais cette situation se transforme dans le cadre d'une SEL, où cette collaboration nécessite aussi une protection des professions envisagées.

était mise à la disposition de la société étant exercés par l'un ou l'autre des deux gérants, ou en cas de désaccord entre les associés, par chacun des gérants à parité ».

[312] J.-J. Daigre note sous CA Paris 30 octobre 1992, Joly, 1993, n°27, p.115 à propos d'une dissolution anticipée demandée en justice par l'un des associés pour « *inexécution de leurs obligations par les autres associés, dès lors que ceux-ci détenaient seuls le pouvoir de vendre les lots de l'immeuble pour la commercialisation duquel la société avait été constituée, se sont ainsi opposés de manière injustifiée à l'achèvement de l'objet social. L'appréciation de la gravité du juste motif invoqué par l'associé demandeur à la dissolution relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, que la Cour de cassation s'interdit de contrôler* ».

[313] Sous peine pour la société de devoir restituer aux autres participants leurs apports, Cass Com 11 octobre 1988, Joly, 1988, p.939, note P. Le Cannu (à propos d'un apport en nature).

[314] J.-P. Babando, *Groupements d'entreprises et cotraitance,* Collection l'Actualité Juridique-Droit Administratif, MTP AJDA, p.73.

[315] Ibidem.

[316] C. Ducouloux-Favard, « Notes de leçon sur le contrat social », D1997 chronique 319.

[317] Et non plus le terme de dissolution utilisé dans l'article 1872 –2 du Code civil : « *lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps* ».

[318] CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.432, note Y. Zein.

[319] F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux,* Droit Privé, Précis Dalloz, 5ème édition, 2000, n°23, p. 25 : *« lorsqu'elles passent des contrats de collaboration, les entreprises restent indépendantes, mais décident de travailler en commun sur tel ou tel projet ».*

§ II) Les spécificités de la société en participation de professions libérales (SEL)

82. La loi n°90-61258 du 31 décembre 1990[320], complétée par vingt-quatre décrets[321], a institué un nouveau type de sociétés « *destinées à préserver l'indépendance des professionnels et le rapport personnel avec les clients* » [322]. La SEL est à mi-chemin entre une société en participation et une société dotée de la personnalité morale. Elle est tellement encadrée, en raison notamment de la publicité obligatoire, qu'elle en devient une institution à part entière. Ce qui fait son originalité, c'est justement cette dichotomie avec la société en participation classique. Elle simplifie les alliances au sein des professions libérales[323].

Cette loi permet d'introduire la dimension commerciale dans une sphère civile[324]. Aux participants de déterminer la forme juridique qui leur convient le mieux : société à responsabilité limitée, mais non unipersonnelle[325], société anonyme, société en nom collectif, société en participation et, depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, dite loi NRE[326], la société par actions simplifiée. Quant à la loi du 4 août 2008 dite LME[327], elle permet d'introduire dans la SEL des participants n'ayant aucun lien avec la profession exercée ou

---

[320] La réforme du 23 juin 1999 (loi n°99-515 JCP, Ed E, 1999, 1205 a supprimé la nécessité de l'exercice en commun de la profession.

[321] Correspondant aux professions en cause : chirurgien-dentiste, directeur et directeur-adjoint de laboratoires d'analyses de biologie médicale, médecin, pharmacien, professions para-médicales (infirmier, masseur-kinésithérapeute, orthophoniste, orthoptiste, pédicure-podologue, diététicien), sage-femme, vétérinaire, avocat, avoué près les Cours d'appel, commissaire-priseur, greffier de tribunal de commerce, huissier de justice, administrateur judiciaire, conseil de propriété industrielle, notaire, architecte, commissaire aux comptes, expert-comptable et comptable agréé, expert agricole et foncier, expert forestier et géomètre expert. La loi prévoit la possibilité de la création d'une société en participation interprofessionnelle.
Il convient d'adjoindre pour certaines professions des arrêtés : voir par exemple l'arrêté du 9 avril 2002 relatif à la société en participation d'huissiers de justice : http://www.admi.net/jo/20020418/JUSC022019A.html .

[322] J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral – sociétés en participation de professions libérales,* GLN Joly, 1993, p.1.

[323] Voir par exemple le contentieux lié à la constitution d'une « *société de* créée de *fait qui a fonctionné* » entre associés comme une « *société civile professionnelle* », CA Paris 20 décembre 1991, RJDA, 10/1992, n°916 et Joly, 1992, p.450, note B. Saintourens.

[324] C. Laurent et T. Vallée, *Société d'Exercice Libéral (SEL)*, 3ème édition, Delmas, 2001, p. 13 : « *l'activité libérale est par nature civile. L'exercice sous forme de société en nom collectif où tous les associés sont commerçants, reste interdit aux professionnels libéraux. En créant la SEL, la loi du 31 décembre 1990 a entendu donner à tous les professionnels libéraux la possibilité d'utiliser pour leur activité le cadre de la société commerciale* ».

[325] La Cour d'appel de Paris (CA Paris 22 janvier 1997, Joly, 1997, p. 579, note J.-J. Daigre) n'a pas admis l'EURL. Cette position a été critiquée comme non convaincante par Jean-Jacques Daigre (note supra) et M. Cozian et A. Viandier, *Droit des Sociétés*, Litec, 11ème édition, 1998, n°1629. Raymond Martin, note sous CA Paris 22 janvier 1997, JCP, 1997.II.22971 plaide pour une intervention législative. La Cour de cassation a confirmé cette jurisprudence (Cass Civ 1ère 15 juin 1999, JCP, Ed. E., 1999 panorama 1132).

[326] Nouvelles Régulations Economiques.

[327] Loi de modernisation de l'économie complétée par la loi sur la modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées.

avec les autres associés[328]. *« Ils constituent de véritables « bailleurs de fonds »* [329]. L'autre option correspond aux anciens professionnels à la retraite ou ceux qui ne satisfont plus *« aux conditions de l'article 5, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1990 »*[330].

83. La SEL, sous forme de société en participation, correspond à « *un groupement de personnes physiques dont l'objet est de développer une activité libérale commune*[331] *sur une base contractuelle et dans un but lucratif »* [332]. On retrouve à nouveau ce concept de liberté contractuelle encadrée : liberté contractuelle quant aux choix des participants et de leurs objectifs, encadrée en raison de la relative institutionnalisation de cette société. En effet, il appartient aux participants de fixer l'organisation et le fonctionnement de la société[333]. Mais celle-ci doit répondre à certaines exigences liées aux professions concernées[334]. A défaut de dispositions statutaires spécifiques, les règles des sociétés civiles s'appliquent, hormis l'admission ou la révocation d'un associé qui « *doit être prise à l'unanimité des associés non concernés, ce qui renforce l'intuitus personae* » [335]. Il est permis de noter ici une réelle

---

[328] Cette disposition ne se retrouve pas forcément dans d'autres législations européennes. Ainsi, la CJCE, la Cour de Justice, 19 mai 2009 Apothekerkammer des Saarlandes, décide que les législations allemandes et italiennes l'interdisant sont justifiées par l'objectif de garantir un approvisionnement sûr en médicaments.

[329] D. Bert, « L'apport de la « LME » au régime juridique des sociétés d'exercice libéral », D 2008.3094.

[330] Ibidem.

[331] Jusqu'à la réforme de 1999 qui supprime l'exigence de l'activité libérale commune.

[332] J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral – sociétés en participation de professions libérales,* GLN Joly, 1993, p.53.

[333] J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », Defrénois 15 mars 2009 n°5 p.481 n° 38905 : *« la liberté contractuelle étant très grande dans les sociétés en participation, les associés pourront adapter les modalités d'exercice en commun en fonction de leur volonté d'intégration plus ou moins forte. D'une simple coopération de moyens, ils pourront aller plus loin et envisager une véritable action collective dont ils définiront précisemment les modalités ».*

[334] A propos d'une étude sur « L'exercice professionnel sous forme de sociétés : l'Europe s'interroge », la profession des experts-comptables, sous la plume de S.B.B., rappelait en mars 1992 : « *les sociétés doivent dans tous les pays respecter les règles professionnelles et notamment les codes d'éthique au même titre que les personnes physiques. Les dirigeants des sociétés et filiales sont soumis aux même règles d'éthique et d'incompatibilité que les professionnels personnes physiques* ».
J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », Defrénois, 15 mars 2009, n°5, p.481, n°38905 : *«Caractérisée par l'absence de personnalité juridique, la société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) favorise, par son objet, le regroupement des professionnels, de compétences et de moyens techniques et financiers, en vue de l'exercice en groupe d'une profession libérale. Au sein d'une telle association, les praticiens jouissent d'une large liberté contractuelle leur permettant d'organiser leurs relations professionnelles de manière précise et de fixer ensemble le degré d'intégration de leur collaboration. Annoncée comme devant favoriser la promotion de l'interprofessionnalité, en raison de sa souplesse, la S.P.P.L. n'a pas atteint son objectif à ce jour, faute de parution des décrets d'application indispensables ».*

[335] J.-J. Daigre, « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles », Joly, 1991, p.369 et article 23 de la loi du 31 décembre 1990. Rappelons que ce même article permet aux participants de prévoir dans les statuts le versement d'une prestation compensatrice en cas de retrait d'un des associés, liée, encore une fois, à l'exercice d'une profession, ce qui ne correspond pas au remboursement des apports. Voir Michel Jeantin, « Commentaires de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », JCP, Ed. E., 1991, 213 .n°51

différence avec la société « civile » en participation de droit commun, probablement liée à la nécessité de protéger l'exercice des professions en cause.

Cette société ne peut être constituée que par des personnes physiques, et qui plus est, « *exerçant en France une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé »*[336]. Il est alors impossible de créer une joint-venture entre professions libérales sous l'égide de la loi du 31 décembre 1990. L'exigence de personnes physiques n'est pas sans poser quelques interrogations. Ainsi, « *des SCP d'avocats ne peuvent constituer entre elles, ni des sociétés en participation spéciales de la loi de 1990, qui sont réservées aux personnes physiques, ni des sociétés en participation de droit commun qui ne sont pas admises par la loi de 1971 »*[337].

Cette société est obligatoirement ostensible[338] car elle est soumise à publicité dans la mesure où une telle structure concerne des professions pour l'essentiel réglementées ou protégées[339]. Elle bénéficie d'une dénomination sociale. Le corollaire du caractère ostensible réside dans la responsabilité solidaire et indéfinie à l'égard des tiers des engagements pris par les participants en qualité d'associés[340]. Enfin, toujours pour protéger l'exercice d'une profession, la loi dispose dans son article 22 que la durée d'une telle société en participation est illimitée. Comme pour toute société en participation, les participants doivent effectuer « des apports »

---

[336] M. Jeantin, « Commentaires de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », JCP, Ed. E., 1991.n°51 p.213 qui ajoute : « *le texte ne peut donc pas servir de fondement à une reconnaissance de « partnerships » étrangers ».*

[337] J.-J. Daigre note sous CA Paris 3 novembre 1998, JCP, Ed. E., 1999,1197. Toutefois, cette même Cour a admis l'existence d'une société créée de fait, constituée par les deux SCP d'avocats en cause. Or le régime juridique de la société créée de fait est celui de la société en participation de droit commun ! En outre, hormis les avocats, certaines professions admettent la constitution « *de groupement d'intérêt économique ou d'une société civile de moyens, une société en participation de droit commun exclusivement régie par les dispositions du Code civil »*, selon J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral – sociétés en participation de professions libérales*, GLN Joly, 1993, p.55.

[338] J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », Defrénois, 15 mars 2009, n°5, p.481, n°38905 : *« leur caractère ostensible obligatoire atténue la souplesse de leur constitution tout en favorisant l'exercice professionnel sous forme disciplinaire, dans un groupement non personnalisé mais mieux sécurisé pour les clients et pour les associés eux-mêmes ».*

[339] Il ne s'agit pas pour autant d'une immatriculation. Les associés sont tenus de *mentionner leur appartenance à la société, avec la dénomination de celle-ci, dans leurs actes professionnels et leurs correspondances*, selon M. Cozian et A. Viandier, *Droit des Sociétés*, Litec, 11ème édition, 1998, n°1627, p.533. Cette exigence explique et justifie la remarque de J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral – sociétés en participation de professions libérales*, GLN Joly, 1993, p.56 : « *cette responsabilité solidaire et indéfinie aux dettes sociales, qui vise à l'évidence les dettes d'exploitation, s'étend-elle aux conséquences pécuniaires de la mise en jeu de la responsabilité professionnelle des associés ? A défaut de position contraire dans le texte, une réponse positive s'impose ».*

[340] Cass Civ 1ère 15 décembre 2011 n° de pourvoi 10-24550.

en jouissance, ce qui implique qu'ils en gardent la propriété, y compris l'abusus[341] et que leurs créanciers personnels conservent leur droit de suite.

84. Les associés bénéficient-ils de la disposition de l'article 1872-2 du Code civil relatif à la dissolution à tout moment ? La question s'est en effet posée. Certains auteurs[342] estiment que les causes de dissolution sont exclusivement prévues à l'article 1844-7 du Code civil[343]. Cette position a l'avantage de protéger l'exercice de la profession dans le cadre d'une SEL. Pour d'autres[344], la dissolution à tout moment s'impose lorsque la société est à durée indéterminée, en application des règles générales des sociétés en participation. A défaut de dispositions particulières contraires, légales ou statutaires, nous pensons qu'il convient de l'admettre, au détriment de la protection généralisée par le biais de la SEL de l'exercice de la profession. Toutefois, malgré le caractère plus institutionnel de la SEL par rapport aux sociétés en participation classiques, il est à noter que le terme de « dissolution » n'est que peu adapté pour une société sans personnalité juridique.

85. Fiscalement, cette société en participation ressort des bénéfices non commerciaux ou de l'impôt sur les sociétés, en raison du choix effectué par les participants, en vertu de l'article

---

341 J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », Defrénois, 15 mars 2009, n°5, p.481, n°38905 : *« les droits de l'apporteur : ce dernier conserve la propriété de son apport et le droit de l'aliéneer pendant la vie de la société, sauf à engager sa responsabilité pour le préjudice causé à ses coassociés en manquant à son obligation de mettre l'apport à la disposition de la société ».*

342 M. Jeantin, « Commentaires de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », JCP, Ed. E., 1991.n°51 p.213 : « *ce droit à dissolution unilatérale se trouve écarté dans les sociétés en participation d'exercice libéral qui, même si elles sont conclues pour une durée indéterminée, ne pourront être dissoutes que pour l'un des cas énumérés par l'article 1844-7* du Code civil ».

343 Article 1844 – 7 du Code civil : « *La soc iété prend fin :*
1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844 –6 ;
2° par la réalisation ou l'extinction de son objet ;
3° par l'annulation du contrat de société ;
4° par la dissolution anticipée décidée par les associés ;
5° par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;
6° par dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 ;
7° par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ;
8° pour toute autre cause prévue par les statuts ».

344 J.-J. Daigre et Daniel Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral – sociétés en participation de professions libérales*, GLN Joly, 1993, p.55 : *« la durée est illimitée. Dès lors, il peut être mis fin à la société à tout moment par l'un quelconque des associés dans les conditions prévues par l'article 1872-2 du Code civil ».*
Article 1872-2 du Code civil : *« lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps.*
A moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute ».

239 du Code Général des Impôts. Nous étudierons par la suite cette option. L'existence de la société en participation emporte en outre des conséquences en matière de cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales[345].

86. La SEL est donc à mi-chemin entre une société en participation et une société dotée de la personnalité morale. Elle est tellement encadrée en raison des professions libérales visées mais aussi de la publicité obligatoire, qu'elle en devient une institution à part entière. Ce qui fait son originalité, c'est justement cette dichotomie avec la société en participation classique.

87. Nous constatons donc que la société en participation, classique ou sous forme de SEL, apparaît comme une structure à façon ce qui lui permet d'être en totale adéquation avec la diversité des espaces internationaux.

Sous-section 2 : L'alliance de joint-venture, une adéquation à la diversité des espaces internationaux

88. Nous allons nous intéresser aux choix de gestion motivant l'alliance qu'est l'aventure en commun. Car l'appellation « joint-venture » est ambivalente ; elle correspond en effet à des situations juridiques extrêmement diverses : une joint-venture contractuelle[346], une société avec personnalité morale[347], une société sans personnalité morale. Rappelons que la joint-

---

[345] Cass Soc 28 mars 2002, RJS, 2002, n°746 « *seuls peuvent être déduits de l'assiette des cotisations d'allocations familiales les déficits engendrés par l'exercice d'une activité professionnelle exercée, même à titre accessoire, régulièrement et personnellement par l'intéressé, ce qui implique de rechercher si un associé d'une société en participation exerce une activité professionnelle dans cette société* ».

[346] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004, p.231 : « *la joint-venture contractuelle est à la fois la plus secrète, la moins palpable, et la plus controversée. Parmi les secteurs qui accueillent le plus volontiers ce type de structure, ceux de la recherche scientifique et technique et l'extraction minière et pétrolière sont souvent cités. Les groupements pour la réalisation de travaux de construction et les pools bancaires sont également souvent cités, mais ils ne peuvent être assimilés à des joint-ventures, mais à des consortiums, ou groupements momentanés d'entreprises* ».
Et p.29 : car « *le groupement est constitué pour accomplir une opération économique particulière résultant du contrat conclu avec un client déterminé : le maître de l'ouvrage dans les consortiums, l'emprunteur dans les pools bancaires. En revanche, la joint-venture désigne une opération contractuelle pour la conduite d'une entreprise quelles que soient les structures adoptées, et qui sera généralement productrice de valeurs économiques* ». Néanmoins, la qualification juridique, comme nous l'avons vu précédemment, bien souvent la plus appropriée pour les pools bancaires, reste la société en participation.

[347] Il s'agit dès lors de filiales sous forme de SA, SARL, SAS, SNC, Commandites, voire de la société européenne, mais aussi les GIE.

venture contractuelle n'a pas pour objet en droit américain le partage des bénéfices, ce qui implique de la séparer de la société sans personnalité juridique, au regard du droit français. Cette dichotomie « *n'est pas nécessairement consacrée par tous les systèmes juridiques qui retiennent de la société une conception plus ou moins large »*[348]. La société en participation, quelle que soit sa « nationalité », est donc un des contrats phares des accords de joint-ventures internationaux, souvent dans des secteurs à forte valeur ajoutée ou dans le cadre de nouveaux marchés. Par exemple, six constructeurs européens de moteurs d'avion ont annoncé le 20 juin 2001, au salon du Bourget, la signature d'un accord qui a permis la naissance de la société en participation européenne Aero Propulsion Alliance (APA) créée pour développer, fabriquer et assurer l'après-vente du turbopropulseur TP400 retenu pour propulser l'avion de transport militaire Airbus A400M. Les sociétés à l'origine de la nouvelle entité sont FiatAvio (Italie), ITP (Espagne), MTU Aero Engines (Allemagne), Rolls-Royce (Grande-Bretagne et Allemagne), Snecma Moteurs (France) et Techspace Aero (Belgique)[349]. Cet accord est un exemple d'une coopération – alliance[350].

89. Le fondement d'un accord de société en participation peut porter sur la recherche d'économie d'échelle, de masse critique, de répartition des coûts d'apprentissage ou de capacité…, sur la réponse à l'accélération du cycle de vie des produits[351], et en somme sur le maintien de la compétitivité des sociétés participantes[352]. « *La coopération apparaît comme un moyen d'appuyer la pénétration des marchés étrangers »*[353]. Dans certains cas, sa vocation dépasse la simple pénétration de marchés pour être le *« premier pas pour enclencher un processus d'internationalisation à conforter ultérieurement par des mesures*

[348] V. Pironon, idem p.165.
[349] http://www.snecma.com.
[350] Trois types de coopération peuvent être recherchées. S . Urban et S. Vendemini, *Alliances stratégiques coopératives européennes,* Management, De Boeck Université, Bruxelles, 1994, p.78 :

- *« la coopération-impartition prend en charge les adaptations en terme d'intégration ou de désintégration et tourne autour de la minimisation des coûts de transaction ;*
- *la coopération-symbiose se fonde sur la notion de combinaison des ressources et vise à accélérer l'accès à des compétences parfois lourdes et longues à mettre en œuvre ;*
- *la coopération alliance vise à la mise en place de relations contractuelles entre les firmes concurrentes ».*

[351] L. Bagla-Gökalp, *Sociologie des organisations,* La Découverte, Repères, 1998, p.47 à 50.
[352] C. Revel, « Le droit, un atout immatériel dans la compétition internationale » D2008.1672 : *« La compétition internationale n'est pas qu'économique et financière. Elle porte sur des éléments moins visibles, mais tout aussi importants, comme la recherche, l'éducation… ou le droit. Pour les entreprises qui travaillent à l'international, la question se pose au double niveau «* privé *», celui des transactions, et institutionnel, celui du cadre normatif, multilatéral ou local. Disposer d'un cadre juridique favorable peut créer ou accéléer des marchés, et l'inverse est aussi vrai ».*
[353] S. Urban et S. Vendemini, *Alliances stratégiques coopératives européennes,* Management, De Boeck Université, Bruxelles, 1994, p136.

complémentaires »[354]. Les alliances actuelles, y compris, semble-t-il, dans le cadre de contrat de société en participation, ont plutôt tendance à réunir des partenaires multiples et non plus à constituer un accord bilatéral, phénomène probablement dû à la complexité croissante de la recherche de nouveaux savoirs-faire et du marché international[355]. C'est pourquoi, nous étudierons dans un premier temps l'intérêt de la joint-venture puis son organisation juridique.

§I L'intérêt de la joint-venture

90. Il apparaît dès lors que l'internationalisation représente pour l'entreprise une expansion de marchés ou une diversification d'activités de nature géographique[356]. Les joint-ventures favorisent l'intégration d'une entreprise dans un pays étranger[357]. Elles permettent une meilleure appréhension d'une culture, d'une conception sociologique et/ou psychologique différente. Elles facilitent aussi la gestion des ressources humaines régionales, les relations avec les fournisseurs et les clients autochtones et l'accès aux sources de financement locales[358]. « *Entre société* [de capitaux notamment] *et joint-venture, il existe une différence*

---

[354] Ibidem.

[355] Y. Doz et G. Hamel, *L'avantage des alliances – logiques de création de valeur*, Dunod, 2000, p.11 : « *les nouvelles alliances comportent une plus grande part d'incertitude, tant en ce qui concerne la valeur des ressources mises en commun que les turbulences extérieures auxquelles elles sont confrontées* ». Certes, ces auteurs tentent d'opposer joint-venture et nouvelle alliance. Mais cette affirmation nous semble justifiée, quel que soit le mode d'alliance choisie.

[356] P. Joffre, « Internationalisation de l'entreprise », *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, tome 2, Economica, Editions G. Vermette inc., 1989, n°75 p.1556.

[357] A propos de la distance entre une entreprise étrangère et le pays d'accueil, « *Johanson et Vahlne (1977) considèrent que ce manque de connaissances provient de la « distance psychique » entre les pays. La distance psychique entre pays résulte de facteurs aussi divers que la langue, le système éducatif, les pratiques managériales, la culture et le développement industriel* », U. Mayrhofer, « La gestion des risques et le choix entre une fusion-acquisition et une alliance coopérative », publication du CESAG, Strasbourg, août 2000, p.11, citant J. Johanson et J.-E. Vahlne, « The Internationalization Process of the Firm – a Model of Knowledge Development and Increasing Foreign Market Commitments », Journal of International Business Studies, 1977, Vol.8, n°1, p.23-32. On peut aussi citer « *les formalités douanières, les obstacles non tarifaires, les normes, homologation, contrôles sanitaires ou techniques, la diversité des législations commerciales, sociales, fiscales, tout comme celle des mentalités et des comportements, les contrôles de change* qui *constituent la source de multiples cloisonnements*», S. Urban, *Management International*, Les essentiels de la gestion, Edition Management Société, 1993, p.15.

[358] A.-L.Dangeard, P. Pontet et M. Bourgade, *Les techniques de l'exportation*, PUF, collection Que sais-je ?, 7ème édition, 1996, p.21: « *la difficulté d'une implantation à l'étranger repose sur la pénétration dans des marchés, souvent fermés, dont les conceptions philosophiques ou psychosociologiques sont différentes. L'un des modes d'ancrage est le joint-venture avec une entreprise locale, à savoir une filiale commerciale, voire industrielle. La raison majeure est la levée d'obstacles, tels les barrières douanières ou les obstacles para-tarifaires. C'est une meilleure intégration, dans le pays. Cette association est souvent obligatoire avec des capitaux, voire des entreprises, locaux. C'est l'accès à des sources de financement locales, une réponse au souci*

fondamentale : dans la société, les associés développent en commun une activité économique et perdent ainsi leur situation individuelle » [359]. Cette réalité ne se retrouve pas dans le cadre d'une société en participation. *« Dans le contrat de joint-venture, les parties maintiennent leur individualité et leur autonomie, tout en poursuivant un intérêt commun »*[360] et cela, notamment, en raison de leur liberté contractuelle dans la rédaction du contrat de société. « *Les accords qualifiant le rapport de joint-venture sont, dans la plupart des cas, contenus dans des clauses ad-hoc ou des actes séparés… »*[361]. Ils permettent à l'entreprise étrangère de conserver une capacité de flexibilité, allant jusqu'à la possibilité de se retirer du marché ou d'envisager, dans le futur, la création d'une filiale commune, voire d'une fusion - acquisition[362]. La joint-venture apparaît comme une possibilité pour une entreprise de s'engager ou de se désengager relativement rapidement, en respectant les dispositions statutaires, avec un faible coût.

91. Pour favoriser ces accords, le programme JOP[363] a été mis en place pour inciter à la création et au développement de joint-ventures entre des entreprises européennes et des partenaires d'Europe centrale et orientale, y compris les pays de l'ancienne URSS. Y participent des intermédiaires financiers agréés par la Commission européenne pour monter les dossiers et les présenter auprès de l'Union européenne. D'ailleurs, bien souvent, dans le cadre du « *principe de coopétition*[364] *, l'action commune associant plusieurs acteurs, permet un résultat en termes de création de valeur ajoutée, de rentabilité, de gain de temps, de flexibilité productive et organisationnelle, de rayonnement international, de pouvoir de négociation…»*[365]. Le résultat de l'opération s'avère bien souvent supérieur à celui auquel peut amener une action solitaire[366]. Pour qu'elle puisse fonctionner, l'alliance doit obéir à une logique de création de valeur au profit des différents participants[367]. Cela implique, outre une

---

des PVD de s'industrialiser et de progresser sur le plan technologique ». Ces remarques sont valables quel que soit le mode juridique choisi pour la joint-venture.

359 S. Cereghini, « La joint-venture en Italie », *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, GLN Joly Editions, mars 1992, n°116 p.235.

360 Ibidem.

361 Ibidem.

362 U. Mayrhofer, « La gestion des risques et le choix entre une fusion-acquisition et une alliance coopérative », publication du CESAG, Strasbourg, août 2000, p.11.

363 Joint Venture Programm.

364 Il s'agit d'un terme créé par le mélange de deux mots : la coopération et la compétition. Il se définit donc par la collaboration entre différents acteurs économiques qui sont en situation de concurrence.

365 S.Urban, U. Mayrhofer et P. Nanopoulos, « Rapprochements d'entreprise : l'expérience européenne », publication du CESAG, Strasbourg, août 2000, p.23.

366 Ibidem.

367 Y. Doz et G. Hamel, *L'avantage des alliances – logiques de création de valeur*, Dunod, 2000, p.69. Se pose dès lors la question du partage de cette création de valeur. En contrepartie, « *le processus d'évaluation et de*

solide confiance entre les partenaires, une organisation fixant des procédures de coordination, et aussi, de contrôle[368] pour aboutir à une réflexion concernant le système d'information mis en place. Il faut donc prévoir au préalable le « *design de l'organisation* »[369].

92. L'évolution technologique dont la maîtrise devient de plus en plus difficile à acquérir en raison de l'accroissement actuel du rythme des innovations, rend quelquefois quasiment obligatoire la constitution d'alliances. « *En effet, la multiplication des technologies et des compétences à maîtriser pour un produit fait que les entreprises préfèrent coopérer afin d'accéder rapidement aux différentes compétences nécessaires* »[370]. Le deuxième phénomène qui justifie ces alliances est la globalisation du marché. Ces deux situations s'additionnent et rendent nécessaires des accords horizontaux ou verticaux. Tel est le cas dans les secteurs de la téléphonie, de l'informatique ou de tout autre secteur à forte valeur ajoutée …

93. Les accords de joint-ventures permettent aussi aux entreprises des pays industrialisés de se délocaliser. « *Outre l'indéniable économie de coûts, les délocalisations*[371] *sont un des moyens d'internationaliser des productions qui peuvent par conséquence revêtir différentes formes* [372]»[373]. Le mode le plus classique est le partenariat industriel, « *à savoir la coentreprise ou les accords de coopération (joint-ventures contractuelles)*[374] » . Ces joints-venture contractuelles s'analysent en droit français en sociétés en participation. Il ne s'agit plus dans ce cas de secteurs à forte valeur ajoutée mais de la possibilité de diminuer les coûts de structure et d'ouvrir l'entreprise à un nouveau marché. Le caractère éminemment

---

choix des partenaires doit prendre en compte non seulement la compatibilité stratégique initiale des partenaires, mais aussi l'évolution potentielle de leur alliance. Dans cette optique, il est bon de commencer par élucider les ambitions stratégiques de chacun : elles donnent souvent, en effet, une meilleure idée de l'évolution ultérieure de l'alliance que leur situation initiale respective », p.133, propos qu'il convient d'appliquer à tout type d'alliance.

[368] S. Urban, « Les rapprochements d'entreprises entre Europe Occidentale et Europe Centre Orientale. Quelques réflexions stratégiques et données empiriques », publication du CESAG, Strasbourg, juillet 2000 p.17 et S.Urban, U. Mayrhofer et P. Nanopoulos, « Rapprochements d'entreprise : l'expérience européenne », publication du CESAG, Strasbourg, août 2000 p.23. Voir aussi F. Blanchot, « Modélisation du choix d'un partenariat », Revue Française de Gestion juillet - août 1997 p.68 : « *des dispositifs administratifs visant à faciliter les révélations d'information de part et d'autre (amélioration de la qualité du système d'information reliant les partenaires) et la résolution des éventuelles disputes* ».

[369] Terme emprunté à M. Capet, « Design de l'organisation », *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, tome 1, Economica, Editions G. Vermette inc., 1989, n°39 p.813.

[370] Dayan A., coordonnateur général, *Les grandes manœuvres stratégiques,* , livre 1 *Organisation, Management et Stratégie*, Universités Francophone-AUPELF-UREF 1999, Canada, 2002, p.211.

[371] Que J. Arthuis considère comme une « *immense duperie : elle appauvrit l'Europe sans enrichir le tiers monde* », Rapport Jean Arthuis en 1993 pour le Sénat n°337 p.40. Entre 1975 et 2000, les effectifs de l'industrie électronique française sont passés de deux cent cinquante mille à cent quatre-vingt-dix mille et celle du textile de soixante huit mille à trente huit mille !

[372] Rapport Jean Arthuis en 1993 pour le Sénat n°337 p.40.

[373] R.-M. Lemesle, *Les délocalisations off-shore,* PUF, collection Que sais-je ?, 1995, p.60.

[374] Ibidem.

contractuel, notamment la conception à façon de la participation, permet aux participants de répondre aux enjeux des délocalisations, entre autres culturels.
L'intérêt de la joint-venture étant démontré, il s'agit à présent d'en étudier son organisation juridique.

§II L'organisation juridique de la joint-venture

94. Le processus d'implantation internationale se fait par « petits pas ». En effet, *« l'opération de joint-venture ne repose pas sur un contrat unique mais sur un faisceau de conventions qui ne sont pas nécessairement des contrats »*[375]. Cela implique une multiplicité de conventions, y compris des statuts de sociétés « filles », mais aussi de simples promesses de contrats[376]. *« Pourtant, l'un des contrats se distingue parce qu'il est à la base du montage auquel il donne naissance et dont il assure l'unité et la cohérence : le contrat de joint-venture »*[377]. Il est évident qu'avant de conclure l'accord de joint-venture, les participants doivent négocier ces éléments, au préalable l'intérêt, voire l'utilité dudit contrat. Au départ, de véritables pourparlers sont mis en œuvre, susceptibles d'engager la responsabilité précontractuelle des participants[378]. Il s'agit de mettre en place l'économie du contrat : structure, organisation de l'ensemble, parties en présence…

95. Les participants doivent fixer, donc choisir, le droit applicable et mais aussi la forme juridique la plus appropriée à l'objet social. Le droit applicable correspond à celui de la localisation du « siège social ». Néanmoins, le vocabulaire de siège social est inadéquat pour une société n'ayant pas la personnalité morale, donc ni de nationalité, ni de siège social.
Dans le cadre d'un accord visant une intégration dans un pays étranger ou une délocalisation, ce droit est tout trouvé : il s'agit de celui du pays d'accueil. Dans certains cas, les participants n'ont aucun choix en la matière et doivent faire l'objet d'une procédure d'agrément par des organismes étatiques, notamment en ce qui concerne certains pays en voie de développement,

---

[375] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004, p.11.
[376] Ibidem.
[377] Ibidem.
[378] A. Bénabent, *Droit des obligations,* Montchrestien Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, n°63, p.49.

surtout socialistes. Nous étudierons ce point ultérieurement, en choisissant un pays emblématique, la Chine.

En ce qui concerne les contrats européens, les participants doivent respecter les dispositions impératives du droit des sociétés choisi, grâce à la clause d'electio juris, par application du principe de la « loi d'autonomie de la volonté »[379], puis se fixer un mode de fonctionnement. Néanmoins, « *les partenaires négligent parfois de procéder à la désignation du droit applicable parce qu'ils bâtissent un ensemble contractuel si détaillé qu'ils ne comptent pas sur les dispositions supplétives d'un droit étatique, et parce qu'ils répugnent au moment de sceller leur accord à discuter de l'éventualité de difficultés juridiques ou de conflits »*[380]. Le règlement de conflits potentiels peut être sous l'égide d'un tribunal national, par le biais notamment du règlement CE 44-2001[381], ou par le recours à l'arbitrage.

Ainsi les participants à l'Aero Propulsion Alliance ont désigné Munich comme lieu d'accueil du « siège social ». Cependant, ils ont choisi d'avoir deux bureaux exécutifs, l'un à Paris, l'autre à Toulouse, et nommé leur chef de file, leur *Geschäftsführer*[382]. L'organe exécutif est d'ailleurs représentatif du mariage européen : chaque participant y figure.

En cas de difficulté de détermination du pays d'accueil, « *la détermination de la loi applicable à une société sans personnalité juridique relève de la règle de conflit applicable aux contrats* »[383]. Car la société en participation, société sans personnalité juridique, est plus un contrat qu'une entité, surtout si elle est non révélée[384]. Il y aura donc application de la

---

[379] J. Delacollette, *Les contrats de commerce internationaux*, De Boeck Université, collection Droit/Economie, Bruxelles, 1996, p. 132 : « *ce principe a été dégagé dans un arrêt célèbre de la Cour de cassation de France (5.12.1910), incorporé dans le Nouveau Code de Procédure civile français (article 1496) et expressément accepté par les Conventions internationales, telles la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19.06.1980 et la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises du 22.12.1986* ». Effectivement la Convention de Rome rappelle ce principe dans son article 3 alinéa 1.

[380] V. Pironon, idem p.373.

[381] Ce règlement trouve son origine dans le Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (et plus particulièrement l'article 17 alinéa 1 relatif aux tribunaux nationaux).

J.Delacollette, idem p. 168 : « *cette Convention a introduit dans la législation des Etats CEE un code de procédure unifié. Elle est entrée en vigueur le 1.02.1973 dans les pays d'origine du Marché commun et s'est progressivement étendue aux nouveaux membres de l'Union Européenne. La Convention de Bruxelles permet aux parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, de désigner* « un tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé »*, à l'exclusion de toute autre juridiction (article 17 alinéa 1 de la Convention)* ».

[382] http://www.snecma.com.

[383] V. Pironon, idem, p.393 : « *cette analyse paraît suivie par la jurisprudence française antérieure à la Convention de Rome qui accepte la compétence de la loi d'autonomie Bien qu'elle exclue la société de son champ d'application, pourrait-on appliquer la Convention de Rome à ces sociétés ?* » Valérie Pironon, en arguant sur l'aspect éminemment contractuel de ces sociétés, répond par l'affirmative.

[384] Ibidem.

Convention de Rome[385], ce qui n'est pas sans poser problème aux praticiens car normalement le droit des sociétés lui échappe[386]. Mais, la joint-venture n'ayant pas la capacité juridique, l'exception liée au droit des sociétés dans la Convention de Rome peut être levée. Cette problématique se pose surtout pour les sociétés créées de fait, dans lesquelles, a priori, aucun choix n'est effectué par les partie, auquel cas l'article 4 de la Convention de Rome a vocation à s'appliquer[387]. En effet, un contrat international d'envergure peut faire l'objet d'étapes préparatoires, appelés gentlemen's agreement, memorandum d'entente, lettres d'intention, accords de principe… « *Les documents écrits et signés pendant cette période ne sont pas toujours rédigés avec suffisamment de soin et de sens juridique, de sorte que certains y trouvent l'ébauche, ou même l'expression d'engagements contractuels, là où d'autres n'y voient qu'un historique des négociations précontractuelles »*[388]. C'est ainsi qu'il est possible de se retrouver dans la situation de sociétés créées de fait, avec notamment la problématique du droit national applicable.

96. La pratique anglo-saxonne a créé l'exposé des motifs explicitant la volonté des participants, ce qui n'est pas dans la tradition française ou latine. Or « *un exposé des motifs développé permet de déterminer l'intention des parties et de qualifier fiscalement le contrat »*[389]. Il détermine, en outre, la nature même du contrat de joint-venture : « *accord de volontés ou accord préparatoire »*[390].

98. Comme pour tout accord de participation, figurent, outre l'identité des parties, la dénomination et la durée de la joint-venture, son objet social, la gestion de la société donc les pouvoirs respectifs des dirigeants et des organes sociaux[391], la compétence du tribunal

---

385 La Convention de Rome du 19 juin 1980, entrée en vigueur le 1er avril 1991, sur la loi applicable aux contrats prévoit notamment les cas d'absence de choix sur ladite loi. L'article 4 – 1 pose le principe de compétence de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. L'article 4 – 2 institue une présomption simple de compétence de la loi du lieu d'établissement du débiteur de la prestation. L'article 4 – 5 prévoit qu'en cas d'échec des articles précités, joue une clause d'exception au profit d'une loi qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat. « *Comme la présomption retenue est inapplicable à la joint-venture, la clause d'exception jouera nécessairement. La prestation caractéristique du contrat désigne la prestation qui caractérise l'opération par sa fonction économique et permet de l'inclure dans une catégorie nommée de contrats* », V.Pironon, idem p.377.

386 J. Delacollette, idem p. 137 : *la Convention de Rome couvre, en principe, tous les contrats, qu'ils soient de nature civile ou commerciale. Lui échappent néanmoins les obligations relatives à l'état des personnes, à des instruments financiers, au droit des sociétés et associations (constitution, capacité juridique…) (article 1er de la Convention).*

387 Voir les développements de V. Pironon, idem p.393.

388 J. Delacollette, idem p. 140.

389 J. Calvo, « La pratique internationale des joint-ventures », Les Petites Affiches, 16 mars 1990, p.17.

390 V. Pironon, idem p.65.

391 J. Calvo, idem.

arbitral ou non, la répartition des parts, les clauses de sorties, la réglementation de la cession des parts, bien qu'évidemment le terme soit peu adéquat dans la mesure où en l'absence de capital, il ne peut s'agir de parts sociales proprement dites… On constate qu' « *en raison du caractère très intuitus personae, pratiquement aucun joint-venture ne prévoit la libre cessibilité des parts...* »[392]. L'absence de personnalité juridique entraînant forcément la responsabilité des participants, il est évident que la libre cessibilité de la participation ne peut être la règle.

99. L'expérience montre que l'arbitrage est souvent choisi par les participants, en raison de la rapidité de ce mode de réglement des conflits et de la confidentialité de la sentence arbitrale[393].

100. Enfin, au contrat initial, sont adjointes, au fil du temps et des nécessités, d'autres conventions, portant sur les prestations de service, les licences de droit de propriété industrielle, la distribution…. Ces conventions complémentaires prennent le nom de contrats satellites. Ces derniers ont une existence juridique propre et ne sont pas forcément conclus par toutes les parties à l'accord initial[394]. De plus, sont prévus « *dès le départ les changements qui risquent d'affecter l'économie de la relation et* » ils sont incorporés « *dans des contrats ad hoc* »[395]. On se retrouve dès lors en présence d'une clause de hardship (ou tribulation)[396].

101. Finalement, dans cette acception[397], la société en participation peut s'analyser comme un « *contrat collectif dont l'objet est la réalisation d'un objet futur ; le contrat s'apparente à un contrat-cadre ou à un contrat-matrice, selon l'expression du professeur Ferrier*[398]*, qui*

---

392 Ibidem.

393 Ibidem : *« Dans la très grande majorité des cas, les conflits résultant des joint-ventures sont réglés par arbitrage ».*

394 M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Lamy, 1989, p.66.

395 Y. Doz et G. Hamel, *L'avantage des alliances – logiques de création de valeur*, Dunod, 2000, p.27, propos valables, nous semble-t-il, pour tout type d'alliance, y compris les sociétés en participation.

396 J. Delacollette, *Les contrats de commerce internationaux*, De Boeck Université, collection Droit/Economie, Bruxelles, 1996, p. 161 : « *on se trouve dans le cas où l'équilibre contractuel sur lequel est bâtie la convention est ébranlé, parce que les circonstances qui entourent son exécution se sont profondément modifiées. Il en résultera un préjudice important au détriment de l'une des parties, qui appelle correction du substrat contractuel, si l'on ne veut entériner une situation devenue franchement inéquitable. Cette correction sera apportée dans certains cas par la loi applicable au contrat, qui peut permettre au juge d'adapter le contrat aux circonstances qui en bouleversent l'économie ou, à la limite, d'imposer sa rupture. Dans d'autres cas, la sauvegarde de l'équilibre contractuel contre les tribulations qui l'affectent exigera une renégociation totale ou partielle de la convention. Tel est bien l'objectif fondamental que les clauses de hardship assignent…* ».

397 Avec un raisonnement analogique par rapport aux contrats relatifs à la distribution.

398 D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Litec, 3ème édition, 2002, n°519, p.287, à propos du contrat-cadre ou contrat-matrice dans le cadre d'un contrat d'achat exclusif : « *la formule est imagée mais ambiguë. Le contrat-*

appelle et implique l'accomplissement d'actes postérieurs à sa conclusion pour être mis en œuvre… »[399]. Ce contrat est les prémices d'autres relations contractuelles[400], « *un contrat-cadre qui fixe les conditions dans lesquelles des contrats ... d'application seront conclus et exécutés »*[401]. Se pose dès lors le problème de sa survie intrinsèque. « *Le contrat de joint-venture comporte fréquemment une clause de survie. Même en l'absence de clause, il doit perdurer car il est source d'un rapport continu d'obligations échelonnées dans le temps »*[402].

L'essentiel tourne donc encore autour du - ou des – contrat(s) de société en participation.

102. Comme dans tous contrats, les unions d'entreprises ne sont pas forcément aussi volontaires qu'elles apparaissent à prime abord. Il arrive que les participants à l'aventure en commun soient obligés de contracter. Se pose dès lors la question de l'affectio societatis.

Section 2 : L'obligation de s'associer

103. L'apparition, puis le maintien de la présence d'une entreprise sur un marché, qu'il soit interne ou international, implique une stratégie et un financement approprié. Cette stratégie peut reposer sur la création d'une structure ad hoc. Elle implique l'existence d'un affectio societatis, dans le cadre d'une structure sociale, dont l'évolution de la conception est liée à l'accroissement de la taille, mais aussi de la célérité des marchés, induite notamment par le

---

cadre prépare-t-il la conclusion des contrats d'application ou programme-t-il cette conclusion ? Dans le deuxième cas, il vaudrait mieux parler d'un « contrat-matrice », c'est-à-dire d'un contrat facteur de contrats ».

[399] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques,* Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.

[400] F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux,* Précis Dalloz, Droit Privé, 5ème édition, 2000, n°925 et 926 et F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil – les obligations,* Précis Dalloz, Droit Privé, 9ème édition, 2005, n°186, 194 et 288.

[401] D. Ferrier, idem n°522 p.290 à propos des accords de réseaux dans le cadre d'opérations complexes de distribution. Cet auteur ajoute le qualificatif de « ponctuels » aux contrats d'application. Mais, dans le cadre d'accord de joint-venture, les contrats d'application n'ont pas forcément ce caractère ponctuel. Toutefois, l'état d'esprit reste identique.

[402] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004, p.68.

développement des TIC[403]. Nous étudierons dans une première section la problématique définition de cet affectio societatis.

En outre, cette structure dépend essentiellement, en marché international, du degré d'engagement[404]. Ce dernier part d'une situation occasionnelle, en passant par les différents cas d'exportation, puis de présence sur un marché, sans ou avec, engagement financier, pour terminer sur la création d'une multinationale.

104. Les participants ne sont pas forcément totalement maîtres de leurs choix internationaux. En effet, « *les Etats dictent les règles du commerce international et jouent dans les échanges un rôle bien plus important que ne l'imaginent les managers. Ce sont eux qui élaborent les règlements d'importation et d'exportation des marchandises et services, eux encore qui décident si tel ou tel bien peut ou non pénétrer sur le territoire national ou en sortir. L'Etat intervient donc dans les activités marchandes directement ou indirectement* »[405], que se soit sous forme d'une politique de protectionnisme, d'ouverture du marché, ou d'aide au financement du projet. Ainsi, un Etat peut encadrer la création d'une organisation binationale sur son territoire, mais aussi définir son mode de financement. L'autonomie de la volonté devient dès lors très relative : dans certains cas, n'est libre que le choix de s'installer ou non sur un territoire, liberté elle-même relative si l'entreprise, dans un secteur fortement concurrentiel, tient à rester compétitive. Il s'agit notamment pour elle d'adopter une stratégie de positionnement différencié. Ainsi, nous envisagerons dans une deuxième section l'existence de sociétés dont l'affectio societatis est induit par une décision externe aux participants.

---

[403] Technologies de l'Information et de la Communication ou NTIC (nouvelles technologies de l'information et de la communication). Selon les statistiques de l'INSEE – *L'économie française – édition 2000/2001* –les effectifs des NTIC ont progressé de 20 % au cours des années 1980.

[404] Voir annexe 1.

Sous-section 1 : La problématique définition de l'affectio societatis

105. L'affectio societatis régit la vie d'une société. Les jurisconsultes romains ont inventé cette notion pour distinguer la société d'une indivision[406]. Selon Ulpien[407], il faut rechercher « *l'animus contrahendae societatis* »[408], terminologie transformée au 19ème siècle en affectio societatis. La circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire recommande quant à elle d'utiliser l'expression *intention de s'associer*, à la place d'affectio societatis, ce qui ne résout pas la problématique de sa définition. Cette expression, proche de « volonté de s'associer », avait déjà été, sous cette dernière forme, critiquée pour son caractère peu discriminant par le professeur Joseph Hamel[409].
Selon le professeur Alain Viandier, l'associé se caractérise par son apport et son droit d'intervention dans les affaires sociales. Seul l'apport le distingue réellement du sociétaire. Dans ces conditions, l'affectio societatis se résume à une obligation de bonne-foi[410].

106. Ce concept est essentiellement utilisé en période de crise. Cet élément récurrent du droit romain sert déjà, dans l'Antiquité, de base de distinction avec les contrats proches de la société. Il conserve ce caractère déterminant. Il permet ainsi d'éviter les confusions entre le contrat de société en participation et le prêt avec participation aux bénéfices, ou le contrat de

---

[406] Dig, XVII, 2, fr 32 cité dans M. Germain, *Traité de Droit Commercial*, Georges Rippert et René Roblot, Tome 1,1993, 15ème édition, LGDJ, n°720 p.589.
Voir R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1999, n°65, p.40 : « *se développe la notion d'animus societatis ou esprit de société, qui veut qu'il y ait entre les associés un rapport autre qu'entre étrangers : rapport de fraternité à mi-chemin entre les rapports qu'on a entre étrangers, d'une part, et ceux qu'on a entre parents par le sang, de l'autre. Par conséquent, les rapports doivent être d'une certaine qualité et entraînent forcément entre associés des marques d'amitié. La société doit être fondée là-dessus. Ce qui veut dire que, normalement, quand un associé meurt, la société doit être dissoute, et qu'il y a plus de responsabilité entre associés qu'entre étrangers. Entre associés on est responsable les uns par rapport aux autres de sa faute, même légère. La bonne foi compte plus que dans les autres contrats. Et il y aura forcément solidarité active et passive* ».

[407] E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1895, n°58 : « *Domitius Ulpianus, originaire de Tyr, en Phénicie, fut élève de Papinien et composa plusieurs ouvrages sous le règne de Caracalla. Le livre des Règles a été publié la première fois en 1549 d'après un manuscrit du dixième siècle qui en donne le texte exact, mais incomplet. Nous en possédons vingt-neuf titres, subdivisés en paragraphes. On attribue généralement au même jurisconsulte : a) Un fragment d'Institutes trouvé à Vienne en 1835 et connu sous le nom de* fragmentum Vindobonense. *– b) Un autre fragment,* de jure fisci, *trouvé à Vérone avec le palimpeste de Gaius* ».

[408] Dig, XVII, 2, Pro Socio, I .44, cité dans l'article « L'affectio societatis », J. Hamel, RTD Civ, 1925, p.761.

[409] J. Hamel, idem p.763.

[410] A. Viandier, *La notion d'associé*, thèse LGDJ, 1978, p.285 citée notamment par J. Pellerin, « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé » RTD Com, 1981, p.471.

travail avec participation aux bénéfices et les sociétés fictives… Le contrat de société dissimule en effet, dans cette dernière hypothèse, un autre acte juridique. L'émergence de la « fictivité » découle du défaut d'affectio societatis découvert par les juges du fond.

Il permet, en outre, de rythmer la vie d'une société : il s'agit soit de constater son existence, soit de démontrer l'impossibilité pour les associés de continuer l'aventure en commun. Il sert dès lors à qualifier des situations existantes, notamment les sociétés créées de fait[411]. La démarche de la Cour de cassation « *présuppose la nécessité de l'affectio societatis pour acquérir la qualité d'associés* »[412]. Sa constatation est un pouvoir souverain des juges du fond[413]. Le juge doit « *sonder les cœurs et les reins* »[414].

Nous envisagerons la définition classique de l'affectio societatis puis sa confrontation avec le monde des affaires.

§ I) Rappel de la définition classique

107. Il ne peut y avoir société sans volonté de s'associer. Telle est la problématique de l'affectio societatis. C'est donc un élément substantiel de la constitution d'une société, quelle qu'elle soit, bien qu'il ne figure pas expressément dans l'article 1832 du Code civil : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter…Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Certains auteurs et la jurisprudence du début du 20ème siècle déduisent de l'ancienne version de l'article 1832 du Code civil une collaboration économique et active et une parfaite égalité juridique, ce qui est en contradiction avec l'évaluation et l'utilisation des apports, générateurs de droits pour les associés[415]. En ce sens, l'affectio societatis transcende la simple

---

[411] CA Rouen 6 novembre 1980, Gaz. Pal., 1981, p.249 constatant une apparente confusion entre deux sociétés commerciales et une société immobilière, créant ainsi une « *société de fait à caractère commercial* ».

[412] Cass Com 21 janvier 1997, Les Petites Affiches, 11 février 1999, n°30, p.15, note P. Etain.

[413] Cass Com 22 mai 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.66, note B. Bouloc, où la Cour de cassation utilise d'ailleurs le vocable d'association en participation.

[414] C. Champaud et D. Danet note sous CA Paris 12 novembre 1991, RTD Com, 1992, p.812.

[415] Pic, Lacour et Bouteron, cités par J. Hamel : E. Thaller et P. Pic, *Sociétés commerciales*, tome 1, 3ème édition, A. Rousseau, Paris, 1940-1948, n°65 et suivants ; L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2ème édition, Dalloz 1921-1925 n°208. Selon le professeur Pic : « *la collaboration économique est la caractéristique essentielle de la société ; mais cette collaboration doit être nécessairement établie sur un pied d'égalité et elle doit être intéressée* ».

autonomie de la volonté des contrats synallagmatiques. Dans ces contrats, « *les intérêts des parties sont essentiellement opposés. Chacun d'eux a pour but d'obtenir dans les conditions les plus avantageuses, une certaine prestation de l'autre. En revanche, dans l'esprit des contractants d'un contrat de société, l'opposition des intérêts fait place à une convergence des volontés »*[416]. Cette dichotomie se révèle encore actuelle malgré l'émergence de contrats synallagmatiques de type « donnant/donnant ». C'est pourquoi, le contrat de société est généralement présenté comme un contrat unilatéral à titre onéreux[417].

108. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation reprend quelque peu cette conception de l'affectio societatis. La Cour de cassation estime en effet qu'il « *suppose une collaboration effective à l'exploitation, dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité* » [418], et cela, de façon permanente[419]. La collaboration doit être « *volontaire et active, intéressée et égalitaire* »[420]. Il peut aussi être défini comme « *la participation à la conduite des affaires sociales sur un pied d'égalité, le pouvoir de contrôle et de critique, le concours actif à l'administration de l'affaire* »[421]. C'est pourquoi, il est permis de parler de recherche d'un intérêt commun minimum[422]. Pour certains auteurs, il caractérise « *la volonté des associés de participer à la conduite des opérations menées pour le compte commun* »[423].

C'est ainsi que pour la jurisprudence il devient *« la volonté des associés de grouper leurs efforts en vue de réaliser l'objectif social*[424]*, la volonté de se grouper pour mettre en valeur et gérer un patrimoine*[425]*, la volonté de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied*

Voir aussi S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation,* LGDJ, 2003, n°612, p.265 : « *l'affectio societatis ne s'entend pas seulement du désir mais du comportement qui exprime ce désir, ce qu'une des définitions de la notion exprime au travers de l'exigence que les associés oeuvrent ensemble activement sur un pied d'égalité. Ce comportement se traduit par l'accomplissement des autres éléments constitutifs de la société qui se trouvent consolidés par l'affectio societatis* ».

[416] K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés,* LGDJ, 2003, p.242.

[417] Encore que la question du caractère unilatéral ou synallagmatique puisse se poser. Nous l'étudierons dans le cadre de la deuxième partie.

[418] Y. Guyon note sous Cass Com 3 juin 1986, Revue des Sociétés, 1986, p.585.

[419] « *Aussi longtemps que dure la société* », selon Y. Guyon , *Droit des affaires,* Economica, 1980, p.114 et Cass Com 1er décembre 1981, JCP, 1983. II.19976, note P. Fieschi-Vinet.

[420] Y. Guyon, *Droit des Affaires*, Tome 1, 8ème édition, Economica, 1994, n°124 ; Cass Com 18 décembre 1990, Joly, 1991, p.236 note B. Saintourens à propos d'une société créée de fait : « *travailler ensemble sur un pied d'égalité* ».

[421] TGI Paris 14 mars 1973, Revue des Sociétés, 1974, p.92, note M. Guilberteau.

[422] S. Vacrate, idem n°142, p.51.

[423] A. Amiaud, « L'affectio societatis », in *Mélanges Simonius,* Bâle, 1955, p.1, cité par S. Vacrate idem n°143, p.52.

[424] CA Nimes 24 octobre 1973, Quotidien Juridique, 9 janvier 1975.

[425] Cass Com 15 mai 1974, Bull Civ IV, n°159.

d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune et l'intention des associés de se traiter comme des égaux »[426].

109. La notion d'intérêt commun des associés n'est guère plus aisée à définir que celle de l'affectio societatis. D'une part, il inclut la notion de communauté d'intérêt qui lie les associés, à savoir l'enrichissement collectif[427]. D'autre part, il sous-tend l'intérêt propre de chacun des associés, leur enrichissement personnel. En outre, il arrive que l'intérêt commun diffère de l'intérêt social, d'autant que les intérêts des actionnaires - entrepreneurs peuvent eux-mêmes diverger de ceux des actionnaires-investisseurs, les rapports de pouvoirs des uns pouvant être quelquefois antinomiques de l'enrichissement personnel des autres[428].

Ajoutons que l'intérêt commun se différencie de l'intérêt social qui peut englober l'intérêt d'autres partenaires de l'entreprise, notamment celui lié au maintien de l'emploi. C'est pourquoi, « *certains auteurs préfèrent substituer la notion d'intérêt commun à celle d'intérêt général »*[429].

Mais l'intérêt commun suppose le droit de chaque associé de retirer de l'enrichissement collectif le sien propre ; et pour ce faire ils doivent collaborer dans l'intérêt commun sur un pied d'égalité, autrement dit faire preuve d'affectio societatis[430].

110. Si par principe l'affectio societatis ne se présume pas[431], il est supposé exister lorsqu'il s'agit d'une société immatriculée, tant qu'il n'y a aucune divergence entre les associés : en effet, l'immatriculation sous-entend la présence de l'affectio societatis. Mais, lorsqu'il s'agit

---

426 CA Versailles 7 décembre 1995, Joly, 1996, p.308, note P. Le Cannu.

427 D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés », JCP, Ed. E., 1994. I.440.

428 D. Schmidt, « Rapport de Synthèse », in *Cahiers de droit de l'entreprise*, supplément 4/1996, Semaine Juridique, Ed. E. : « *les intérêts se retrouvent sur le marché lequel sanctionne la gestion des actionnaires-entreprenneurs en arbitrant la valeur de l'action et donc la part de profit revenant à chaque actionnaire »*.

429 M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* LGDJ, 2004, p.36 : « *c'est la conception adoptée par Aristote qui s'oppose alors à Platon… » ;* p.40 : « *au cours du 13ème siècle, saint Thomas d'Aquin (Somme Théologique,* traduction Deman, éd du Cerf, Desclée et Cie, p.54) *défend l'idée selon laquelle la recherche du bien commun serait un bien naturel de l'homme. L'homme est naturellement un être social qui ne peut trouver son bien particulier que dans celui de la communauté »* .
p.41 : « *Le bien commun se présente sous les traits de l'immanence et du communautarisme, alors que l'intérêt général s'affirme comme une notion transcendante et individualiste. Le bien commun est un principe naturel alors que l'intérêt général est rationnel »*.
p.55 : « *Pour être légitime, l'intérêt général doit être l'intérêt de tous. Pour être réaliste, l'intérêt général ne peut être que celui d'une majorité. La notion d'intérêt général semble résister à toute tentative d'appréhension »*.

430 S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p. 118 et suivantes.

431 Civ 17 novembre 1952, Gaz. Pal., 1953, p. 128 ; à défaut de pouvoir le démontrer, l'ex-concubin peut utiliser la notion d'enrichissement sans cause ; O. Milhac, Cass Civ 1ère 15 octobre 1996, Defrénois, 1997, p.923 : *la seule cohabitation ne suffit pas* et Droit des Sociétés, 1997, p.6, note T. Bonneau.

d'une société non-immatriculée, celui qui se prévaut de l'existence d'une société en participation doit pouvoir le prouver, et cela par tous les moyens mis à sa disposition : documents[432] ou écrits en sa possession, déclaration de tiers, ce qui implique, nous semble-t-il, une société en participation ostensible. Son argumentation doit être « *précise et circonstanciée* »[433].

Ce rappel fait, il convient de s'interroger sur l'effectivité de cette conception de l'affectio societatis au regard du monde des affaires.

§ II) La confrontation de cette conception avec le monde des affaires

111. Le caractère de collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire ne semble réellement convenir actuellement qu'à une société dont l'esprit est proche de la société en nom collectif ou de la société civile. Malgré l'existence dans toute société d'associés participant effectivement à l'exploitation, la « *collaboration effective, elle non plus, ne nous semble plus réaliste* » [434]. Néanmoins, ceux qui assurent la gestion de la société assument cette participation effective ; *« ils sont les compagnons de lutte, les camarades de combat »*[435], décrits par le professeur Joseph Hamel. Cette fonction substantielle apparaît dans les pouvoirs du (ou des) gérant(s), selon la terminologie classique, ou plutôt le chef de file, de la société en participation. Dans le silence des statuts, les règles organisant le fonctionnement de la gérance sont celles des sociétés civiles lorsque l'objet social est civil, ou des sociétés en nom collectif en cas d'objet commercial.

112. Le « gérant », ou plutôt le chef de file, agit es qualité dans le cadre d'une société ostensible, mais il devient un écran opaque lorsqu'elle est non révélée. Dans cette hypothèse, l'affectio societatis, présent entre les associés, ne peut caractériser l'existence pour les tiers de la société en participation.

---

[432] Correspondance échangée entre les deux associés, F. Pillebout, note sous Cass Civ 1[ère] 6 juillet 1982, JCP, 1983.II.19997.
[433] T. Garé note sous Cass Civ 1[ère] 11 février 1997, JCP, 1997. II. 22820.
[434] J. Hamel op.cit.
[435] Ibidem.

113. L'affectio societatis prend dès lors un aspect polymorphe[436] ou « *multiforme : un composé instable et évolutif* »[437]. Il varie en fonction du type de société en cause et prend des formes différentes en fonction du rôle attribué. Cette conception semble avoir été confirmée par la Cour de cassation[438]. Cet aspect est accentué dans le cadre des sociétés en participation en raison de leur caractère, non révélée ou ostensible, de l'existence temporelle de l'objet social - court, moyen ou long terme - de l'implication de tiers au contrat de société, notamment des Etats… Ainsi, les associés investisseurs ne recherchent plus « *une collaboration effective à l'exploitation, dans un intérêt commun et sur pied d'égalité* »[439]. Leur objectif immédiat concerne la rentabilité à moyen ou long terme de leurs investissements. Cette dernière se calcule mathématiquement par des probabilités relatives aux résultats escomptés et par la valeur actuelle nette[440]. L'absence de cotation en bourse d'une société en participation ne leur permet pas de travailler sur une perspective à très court terme. Il leur faut souvent attendre l'aboutissement de l'opération pour laquelle la société en participation ad hoc a été créée.

Néanmoins, pour cette catégorie d'associés, l'affectio societatis se réduit alors à « *l'acceptation d'un aléa dans la rémunération des investissements* »[441], la contribution à la vie d'une société étant par nature estimée plus risquée que le prêt obligataire. Doit-on dès lors considérer que l'affectio societatis se résume à l'acceptation de la participation aux bénéfices et aux pertes, la volonté de consentir en commun aux aléas de l'entreprise[442] ?

114. L'égalité si prisée ne peut être finalement qu'exceptionnelle, un « *avatar* »[443]. Il convient, nous semble-t-il, de prendre ce terme dans deux acceptions. Dès la constitution de la société l'égalité est bien souvent inexistante. Sa présence impliquerait en effet une égalité dans les apports, dans la gestion[444], dans les pouvoirs, ce qui laisse présumer une nécessaire

---

[436] Y. Guyon, *Droit des Affaires,* tome 1, Economica, 10ème édition, 1998 et Sabine Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, n°145, p.52.
[437] J.-M. de Bermond de Vaulx, « Le spectre de l'affectio societatis », JCP, Ed. E., 1994, 346.
[438] Cass Com 3 juin 1986 et Cass Com 9 avril 1996, Revue des Sociétés, 1997, p.81 : « *l'affectio societatis suppose que les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans l'intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices et aux pertes. Elle repose sur la collaboration volontaire des associés, leur participation, certes à des degrés divers, à la gestion, le parallélisme des intérêts en présence et l'absence de liens de subordination entre associés* ».
[439] Y. Guyon note sous Cass Com 3 juin 1986, Revue des Sociétés, 1986, p.585.
[440] Soit la somme des flux nets actualisés : la différence entre les cash-flows et l'investissement au jour de ce dernier.
[441] P. Rouast-Bertier, « Société fictive et simulation », Revue des Sociétés, 1993, p.725.
[442] B. Bouloc, note sous Cass Com 22 mai 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.66.
[443] C. Champaud et D. Danet, note sous CA Paris 12 novembre 1991, RTD Com, 1992, p.812.
[444] Idem et sur pourvoi Cass Com 8 mars 1994, RJDA, 7/94, n° 815 et T. Bonneau, note sous Cass Com 8 mars 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°109, à propos d'un rapprochement entre deux groupes de sociétés qui a

cogérance. Dans le cas d'une société en participation non révélée, chacun doit agir certes en son nom, mais a priori dans l'intérêt de tous. Pour une société ostensible, l'associé cogérant agit au vu et au su des tiers comme un associé et il engage, en interne, les autres associés. Ainsi, il demeure que l'affectio societatis, élément constitutif du contrat de société en participation, n'est déterminant que pour les relations entre les associés eux-mêmes.

115. Autant il apparaît aisé de démontrer l'absence d'affectio societatis, autant sa définition et sa perception relèvent bien souvent de la subjectivité du juge du fond, la Cour de cassation (et le législateur) se gardant bien de dessiner les contours de ce concept. Aussi le rappel basique à la conscience des associés de leur nécessaire participation à la vie de la société, qui dérive de cet élément psychologique, transparaît-il lors des réunions annuelles des participants et grâce au contrôle de l'exécution des décisions de cette dernière.

116. Quant à l'application concrète aux sociétés en participation, on distingue deux conceptions. L'une, restrictive, impose la collaboration de façon effective dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité[445]. L'autre, plus souple, part de « *la convergence des intérêts des associés participant à une même aventure* »[446]. Cette dernière reprend l'idée du droit romain : « *en droit romain, l'affectio societatis n'est pas défini mais correspond à une intention des parties à se soumettre à la qualification contractuelle de société* »[447]. Néanmoins, quelle est la différence entre la volonté de participer à un contrat quel qu'il soit et à une société en participation ? Dès 1954, le professeur Georges Ripert explique que « *l'affectio societatis et le jus fraternitatis doivent colorer le consentement* »[448]. Toutefois, quelle est la différence réelle entre les deux ? Le jus fraternitatis ne suffit-il pas à lui seul ? C'est pourquoi, à l'instar du professeur Paul Didier, certains auteurs estiment qu'il n'y a pas d'affectio societatis dans une société en participation, mais *« plutôt des relations interindividuelles d'associé à associé »*[449]. Mais aucune des deux conceptions, soit restrictive,

---

échoué, « *chaque protagoniste voulant récupérer sa liberté de manœuvre* », A. Viandier et J.-J. Caussain, note sous Cass Com 8 mars 1994, JCP Ed. E., 1994. I. 363.

[445] Cass Com 3 juin 1986, Revue des Sociétés, 1986, p.585, note Y. Guyon.

[446] Y. Guyon, *Droit des Affaires,* tome 1, Economica, 10ème édition, 1998, n°126.

[447] I. Tchotourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société* , LGDJ, 2011, n°3.

[448] G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial,* tome 1, 3ème édition, LGDJ, 1954, n°785.

[449] P. Didier et P. Didier, *Droit commercial – tome 2 – Les sociétés commerciales,*Economica, 2011, n°1036 ; Ivan Tchotourian considère d'ailleurs que le professeur J-P. Storck « *témoigne d'une attitude relativement proche en ne faisant aucune référence à la notion d'affectio societatis dans sa présentation du contrat de société en participation* »., remarque faite in *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société* , LGDJ, 2011, n°535.

soit plus souple, ne prend, nous semble-t-il, complètement en compte le caractère ad hoc des sociétés en participation.

117. Finalement, la théorie de Jean-Marie Bermond de Vaulx[450] apparaît d'autant plus justifiée pour les sociétés en participation. L'affectio societatis, qui est « *plus un sentiment qu'un concept*[451], [devient] *une modification soudaine de l'esprit, une altération temporaire* »[452], ce qui convient à merveille à une structure ad hoc, donc polymorphe, « *une commutatio* ». L'affectio est « *l'instant où naît l'intention… La commutatio prépare et rend possible sur le plan juridique la manifestation de cette volonté….* »[453]. Elle reste interne dans le cadre d'une société en participation non révélée et se dévoile à tous, participants et tiers, pour une société ostensible. C'est une volonté de modifier une situation existante en vue d'organiser l'aventure en commun. Car il est difficile d'y trouver un intérêt social[454] notamment pour une technostructure si l'on part du principe que la société en participation est avant tout un contrat entre participants, mais qu'elle ne répond pas à la conception institutionnelle d'une société.

La problématique de l'affectio societatis étant posée, il convient d'étudier la situation d'une société en participation lorsqu'il est induit, voire imposé.

---

[450] J.-M. de Bermond de Vaulx, « Le spectre de l'affectio societatis », JCP, Ed. E., 1994, 346 citant Cicéron : « *affectio est animi aut corporis ex tempore aliqua causa commutatis…* », Cicero, De inventione, I, XXV, 36

[451] A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1975, n°2, p.36.

[452] J.-M. de Bermond de Vaulx, idem.

[453] Ibidem.

[454] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques,* Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.

Remarquons que cette notion est tout aussi difficile à cerner que celle d'affectio societatis. Le CNPF le considère comme « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* », rapport Viénot 1995 rédigé pour l'Association Française des Entreprises Privées et pour le Conseil National du Patronat Français. Cette conception laisse une part belle en terme d'intérêt social à la technostructure ! Selon Dominique Schmidt, « De l'intérêt social », Revue de droit bancaire, juillet-août 1995, n°50, « *la société serait constituée dans l'intérêt des associés : elle n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social* ».

Voir aussi G. Goffaux-Callebaut, « La définition de l'intérêt social – retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD Com, 2004, p.35 : « *l'intérêt social est classiquement défini comme une notion à contenu variable, un standard de référence. D'autre part, l'intérêt social sert de « boussole » (l'expression est de M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 2000 p.147) aux dirigeants sociaux dans le choix et la mise en œuvre de la politique sociale, d'autre part, «* contrepoids nécessaire au contrôle *» (C-J. Berr, la place de la notion de contrôle en droit des sociétés, Mélanges Bastian, p.1 spéc. p.14), il « répond naturellement à une inquiétude que les associés ont toujours connu en face du pouvoir des dirigeants » (M. Germain, L'intérêt commun des actionnaires, in Où se situera demain le pouvroi dans les sociétés cotées ?, Cah. dr. entr. avril 1996 p.13). Il est difficile de se contenter de cette définition qui s'attache à la nature de la notion… ».*

Sous-section 2 : Un affectio societatis induit, voire imposé

118. Les négociations des entreprises avec les gouvernements ou les collectivités locales altèrent quelque peu les relations traditionnelles entre les associés. L'entreprise privée, quelle que soit sa surface, est alors tributaire au même titre que n'importe quelle personne, de la législation. Ainsi, les Etats peuvent imposer une association d'entreprises. Il s'agit alors d'une sorte de contrat « d'adhésion » : ou l'entreprise accepte son cocontractant ou elle perd un marché. Cette convention ne correspond pas intégralement aux caractéristiques d'un contrat d'adhésion. Celui-ci suppose en général trois traits particuliers[455]. Le premier porte sur une inégalité économique et sociale telle qu'un des contractants est en position de force vis-à-vis de l'autre, en étant le titulaire des biens ou services désirés ; on retrouve cette inégalité, quand un Etat, notamment d'économie socialiste, impose l'un des contractants. Le second trait repose sur une offre proposée au public en général ; c'est sur ce point que la différence entre ces contrats obligatoires et le contrat d'adhésion est la plus frappante. En effet, du côté de l'entreprise étrangère, l'intuitus personae reste extrêmement fort. Enfin, le troisième concerne une œuvre exclusive de l'une des parties : sous réserve du respect de la législation en vigueur, le cocontractant en situation de force doit pouvoir imposer l'organisation générale du contrat. Dans ces joint-ventures imposées l'économie générale du contrat est quelque peu forcée par la législation nationale et la volonté des pouvoirs publics. Néanmoins, le cocontractant étranger peut faire valoir un certain nombre de droits qui lui sont favorables. Par exemple, la convention de joint-venture peut prévoir en Chine l'amortissement anticipé de son capital. Nous étudierons par la suite l'évolution de la joint-venture en Chine.

119. Pour autant, cette situation proche du contrat d'adhésion pose la problématique du caractère contractuel. Doit-on dès lors se poser la problématique de la doctrine anti-contractualiste qui nie l'existence du contrat, en raison de la simple absence d'égalité entre les

[455] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil - les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz, 9ème édition, 2005 n°196, p.202 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil – obligations et biens,* tome 2 Montchrestien 1962, n°87 : « *l'individu garde la possibilité de ne pas contracter ; s'il contracte, c'est qu'il le veut ; sans doute n'a-t-il pas la faculté de discuter, mais le contrat n'implique pas nécessairement une libre et égale discussion. En effet, l'égalité économique ou psychologique est impossible à réaliser…* ».

cocontractants ou celle dont la critique porte sur l'autonomie de la volonté[456] ? Il nous semble qu'en l'occurrence ces critiques n'ont pas plus vocation à s'appliquer. En effet, l'autonomie de la volonté subsiste quelles que soient les contraintes reposant sur le ou les cocontractant(s) par le seul fait qu'ils peuvent, ou non, s'obliger, ce que la majorité de la doctrine rappelait déjà à propos des contrats d'adhésion. « *La notion de contrat suppose évidemment un accord, mais n'exige pas que les clauses aient été librement discutées par les parties* »[457]. Cette réflexion est tout aussi valable pour la convention de joint-venture. Donc, la problématique du contrat de coentreprise se porte dans ces conditions, non sur son existence, mais sur l'effectivité et le degré d'intensité de l'affectio societatis. Si le mariage est arrangé, où se situe la volonté de collaborer ensemble ?

120. La pratique organisationnelle des collectivités publiques finit elle aussi par obliger des entreprises attributaires de travaux publics à s'associer. On est loin de la définition idéale de l'affectio societatis où la collaboration doit être volontaire et active, intéressée et égalitaire ! La conception de l'affectio societatis en tant que consentement au mariage de deux ou plusieurs entreprises est détournée au profit d'un mariage bien souvent arrangé, voire quelquefois non-consenti.

Nous constatons donc l'existence d'un affectio societatis imposé en vue de l'obtention d'un marché, mais aussi déterminé par des législations étrangères et des traités internationaux.

---

[456] R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Pichon, Paris, 1901 et L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, réimpression La Mémoire du Droit, 1999.
E. Gounot, dans sa thèse, *Le principe de l'autonomie de la volonté, en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Paris 1912 p.27, qui critique la volonté comme fondement du contrat, la force de ce dernier dérivant de leur fonction dans le monde, en vue du bien commun et qui estimait que la justice n'existe que s'il existe une équivalence de prestation. Voir aussi J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du Droit Civil,* Précis Dalloz collection Droit Privé, 1ère édition, 2002, n°543 qui ajoutent que « *l'expression* [contrat d'adhésion] *semble être due à R. Saleilles* ».

[457] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil - les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz, 9ème édition, 2005, n°199 p.205. Ceci dit, « *l'absence d'accord sur les points accessoires, obstacle à la conclusion en droit allemand mais non en droit suisse, ne le sera en droit français que si les parties ont entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités* », et n°188, p.191. Voir aussi H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil – obligations et biens,* tome 2, Montchrestien, 1962, lectures p.92 à 105 ; A. Rouast, « Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé », Semaines Sociales de France, 1938, p.342 : « *à toutes ces tentatives, il faut donc opposer le principe du respect du contrat librement consenti, le principe de la stricte exécution de la parole donnée. C'est un principe de droit naturel, parce qu'il est fondé sur une règle de morale indiscutée. Il ne saurait y avoir de droit qui puisse prévaloir contre une règle morale, et le devoir du législateur est, au contraire, de s'en inspirer, et de la traduire juridiquement, comme l'a fait le Code civil* », article repris dans H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil – obligations et biens,* tome 2, Montchrestien, 1962, lectures p.104.

§ I) L'affectio societatis imposé en vue de l'obtention d'un marché

121. La cotraitance, que nous étudierons plus spécifiquement dans le deuxième chapitre, est privilégiée par les entreprises pour sa souplesse organisationnelle, mais aussi par l'administration publique. « *Les adjudicataires d'un marché de travaux publics sont attirés plus par la souplesse d'une société en participation que par son caractère occulte…* » [458]. Cette souplesse est liée aux relations entre le pouvoir adjudicataire et les entreprises. En effet, « *l'administration traite uniquement avec le gérant* »[459]. La malléabilité de cette société permet aux entrepreneurs de « *s'organiser sans perturber le schéma contractuel entre eux et le maître d'ouvrage* »[460].

En 1962, le professeur Pierre Rodière constate déjà que « *c'est la pratique administrative qui impose ses faits. L'administration voulant pour des raisons de pure commodité comptable n'avoir affaire qu'à un seul soumissionnaire. Aucun de ces indices ne marque que les entreprises intéressées aient voulu faire plus que se grouper en vue d'enlever l'adjudication* »[461].

Certes dans la plupart des cas de cotraitance, les soumissionnaires peuvent choisir librement la forme juridique du groupement : société, dont notamment en participation, GIE, GME[462], l'administration responsable du marché n'ayant pas, en principe, à intervenir dans le choix de la structure juridique [463]. La divergence entre ces groupements repose, comme nous l'avons déjà constaté, notamment sur la répartition des fruits de l'opération : dans le cas d'une société en participation, les entrepreneurs acceptent de « *supporter en commun l'aléa économique de la réalisation plutôt que d'assumer le risque de manière individuelle sur une partie des travaux à exécuter par chacun* »[464].

---

[458] Y. Guyon, *Traité de droit commercial*, tome 1 p.539.
[459] Ibidem
[460] J.-P. Babando, « Juridique : groupement d'entreprises ou société en participation », MTP n°4958 du 4 décembre 1998 p.54.
[461] Rodière P. note sous CA Riom 24 octobre 1962, D 1962 jurisprudence 767 ; en l'affaire, la Cour a constaté que « *les deux sociétés en se groupant pour obtenir l'adjudication de travaux publics, ont constitué un mandataire unique dans les rapports avec le maître d'ouvrage, ont élu un domicile unique et ouvert un unique compte financier, éléments d'où résulte l'affectio societatis* ».
[462] Groupement momentané d'entreprises.
[463] CE 9 janvier 1976 n° de pourvoi 90350, 90353, 90355, 90351, 90352 et 90356 et « La cotraitance des marchés publics » MTP, n°4971 du 5 mars 1999, p.49 (auteur anonyme).
[464] J.-P. Babando, « Entreprises : comment utiliser la société en participation ? », MTP, n°4967 du 5 février 1999, p.46.

122. La loi MOP du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrages publics et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, « *impose le recours pour les collectivités publiques à un groupement de personnes de droit privé, lorsque les motifs d'ordre technique rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Il s'agit des marchés dits de conception-réalisation* »[465]. Mais, le décret du 7 mars 2001[466], relatif au nouveau Code des marchés publics, a interdit pour un même prestataire d'être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché[467]. En outre, le groupement ne peut être recomposé entre la remise des candidatures et la remise des offres.

Pour l'administration, transformer la forme d'un groupement après l'attribution du marché peut apporter certains avantages pratiques : « *sécuriser le maître de l'ouvrage par l'adoption de la forme solidaire, transformation en GIE pour un marché de longue durée* »[468].

123. La pratique de l'administration visant à obliger des entreprises à s'associer, quelque peu contradictoire avec le concept même de « liberté de choix d'association », a été interdite par l'instruction ministérielle pour l'application du Code des marchés publics : « *la personne publique ne peut, ni interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés qu'elle envisage, ni exiger que les candidats se présentent groupés* » [469].

Néanmoins, cet usage perdure notamment avec les contrats de conception-réalisation. « *Ces dispositions apparaissent en droit discutables, puisque lorsque le marché a été attribué, l'acte d'engagement a pris une forme déterminée. Transformer le groupement c'est alors modifier une des données essentielles du contrat qui, pour se référer à l'un des principes généraux du droit, fait la loi des parties. Il apparaît alors difficile qu'un maître d'ouvrage, pour des*

---

[465] C. Emery, *Passer un marché public*, Delmas, 1ère édition, 2001, p.217.
S. Braconnier, « Le nouveau Code des marchés publics analysé point par point ; les nouvelles procédures de passation des marchés publics ; une épine dorsale entre rationalisation et simplification », MTP, n°5091 du 3 juin 2001 : « *le marché de conception-réalisation est une déclinaison de l'appel d'offres. L'appel d'offres donne d'abord lieu à l'exécution de prestations déterminées par le règlement de la consultation, permettant à un jury de se prononcer sur les projets. Le jury doit comporter au moins un tiers de maîtres d'œuvre indépendants des participants du concours et du maître d'ouvrage et compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et à la nature des prestations à fournir… Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné des performances techniques de l'ouvrage* ».

[466] Un groupement d'entreprises peut être constitué entre le titulaire d'un marché de travaux publics et un sous-traitant. Le titulaire d'un marché de travaux publics ou de services peut sous-traiter l'exécution de parties de son marché, sous réserve de l'acceptation de chaque sous-traitant. Le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution du marché. Si la sous-traitance est égale ou dépasse six cents euros, le sous-traitant est payé directement, « Les marchés publics » de la Communauté Urbaine de Strasbourg, mai 2001, p.28.
Ce décret du 7 mars 2001 a été complété par le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008.

[467] Cette interdiction figure à l'article 51 du Code des marchés publics.

[468] J.-P. Babando, « Groupements et marchés publics : quand les prestataires se rassemblent… les nouveaux groupements d'entreprises sont arrivés », MTP, n°5111 du 9 septembre 2001, p.86.

[469] Ibidem.

considérations qu'indique la circulaire, vienne sans l'accord des entreprises modifier la forme du groupement » [470].

124. Mais certaines collectivités publiques ne réfléchissent pas en terme de logique juridique, mais en terme d'optimisation organisationnelle et financière. Ce qui est recherché dans la modification du groupement, c'est la solidarité et, comme nous l'avons déjà constaté, l'implication du chef de file de la société en participation, garant de la réussite de l'opération envisagée. Alors, dans certains cas l'administration au nom du réalisme économique arrange les mariages…

125. Quant à la Cour de cassation[471], elle a « pré-qualifié » le contrat : « *dès lors que le débiteur est informé de la création et de l'organisation du groupement, constitutif, sauf stipulation contraire, d'une société en participation, pour la fourniture de prestations commandées par lui et la perception du prix correspondant, il peut opposer aux autres associés ou aux cessionnaires de leurs droits, agissant en paiement de la créance commune la non-conformité de telles prétentions à leur pacte social jusqu'à dissolution du groupement* ». Cet attendu entraîne un certain nombre de conséquences. L'une d'entre elles porte sur la qualification du contrat conclu entre les participants à des opérations de marchés et travaux publics, qui sont nécessairement connus du donneur d'ordre. S'ils ne décident pas eux-même de la qualification juridique de leur contrat, une présomption de société en participation s'impose à eux. Néanmoins, même s'ils stipulent que cette convention est un consortium, le juge peut la re-qualifier, car il n'est pas lié par la dénomination donnée par les contractants. D'autre part, puisqu'il existe une présomption de société en participation, comme pour les pools bancaires, le juge n'estime plus nécessaire la démonstration de l'existence des apports, de l'affectio societatis et de la répartition des bénéfices ou des pertes. En conséquence, le contrat de société en participation s'éloigne des règles du droit des sociétés, pour être avant tout régi par les règles du droit des obligations.

126. Outre les cas classiques de marchés publics, l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 17 février 2009, portant sur les contrats de partenariat[472], dans le cadre

---

[470] J.-P. Babando, idem.

[471] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, p.277.

[472] Article 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 17 février 2009 : « *le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de*

de contrats et marchés publics, crée elle-aussi des cas d'affectio societatis induit, voire imposé. En effet, dans son article 8[473], il est prévu le recours à la sous-traitance auprès de petites et moyennes entreprises et à des artisans « locaux ». Il s'agit d'un des critères d'attribution du contrat de partenariat. La collectivité publique contrôle ainsi les conditions dans lesquelles le candidat à l'adjudication fait appel à d'autres entreprises[474]. Il arrive donc que, pour obtenir le marché, l'entreprise soit obligée de faire appel à de tels partenaires et par simplification mette en place une société en participation, logiquement ostensible. Or les spécificités professionnelles peuvent déterminer la personne même du coparticipant.

Mais qu'en est-il dans la sphère internationale, lorsqu'il est induit par des législations étrangères ou par des traités internationaux ?

§ II) L'affectio societatis induit par des législations étrangères ou par des traités internationaux

127. L'obtention d'un marché international implique pour les entreprises soumissionnaires de se conformer au droit en vigueur. Les législations étrangères imposent quelquefois une structure sociale et, qui plus est, l'associé[475].

---

financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute anticipation au capital…. ».

[473] Article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 17 février 2009 : « *parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans … »*.

[474] G. Eckert, « Contrats de partenariat et droit constitutionnel », note sous Conseil constitutionnel 2 décembre 2004, Contrats et marchés publics, 2005, comm.4 .

[475] C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, LGDJ, 2003, p.77 : « *ces pays cherchent avant tout en effet à connaître une relative indépendance économique qui pourrait leur assurer le plein emploi d'une main d'œuvre inexpérimentée mais nombreuse et bon marché. La coopération apparaît alors comme un moyen avéré d'inciter le partenariat avec d'autres Etats ou des entreprises étrangères, source notamment d'entrée de devises et d'embauche. Cela peut également conduire à servir des intérêts publics particuliers, en instaurant une collaboration parfois obligatoire avec les entreprises nationales de l'Etat d'accueil. Ce qui permet de relancer – ou plus simplement de maintenir, voire de créer – des secteurs d'activité souvent en gestation ou embryonnaires d'une économie généralement hésitante »*.

1° L'obligation de s'associer, préalable à une introduction sur un marché étranger

128. La joint-venture est bien souvent le tremplin pour s'implanter sur un marché étranger. « *Dans beaucoup d'hypothèses, surtout dans les pays en voie de développement et jusqu'à présent dans la plupart des pays socialistes, c'est la forme imposée pour les investissements étrangers dans ces pays. Il en découle qu'il n'y a pas de choix possible ; c'est donc à prendre ou à laisser »*[476]. Certes, certains pays laissent le choix de la structure juridique à adopter : société de personnes (société en nom collectif, société en participation, partnership, GmbH, fiducies…) ou société de capitaux. « *En général, la constitution d'un joint-venture*[477] *se traduit par la rédaction préalable d'un contrat, généralement très détaillé ou même de divers contrats, puis par la constitution d'une société ou d'une prise de participation dans une société »*[478]. Dans ce contrat préalable se joue l'essentiel de la vie de la joint-venture. « *La joint-venture est une forme d'alliance. Certes, elle se caractérise par la création d'une entreprise – la filiale commune – mais la réalité économique et juridique se noue principalement dans le protocole d'accord (joint venture agreement). Et ce dernier présente les caractères d'une alliance contractuelle et temporaire, et non celui d'une entreprise institutionnalisée destinée à vivre une existence indépendante de ses créateurs »*[479].

129. Ces joint-ventures imposées procurent néanmoins un certain nombre d'avantages au partenaire étranger, dont celui, essentiel, comme nous l'avons déjà constaté, de collaborer avec un partenaire local, rompu à la culture, aux techniques et coutumes de son pays. Pour le partenaire autochtone, elles sont un vecteur de transmission de savoir-faire. « *Selon une boutade bien connue : la joint-venture est une opération où l'étranger apporte l'argent et l'indigène sa connaissance du pays ; au bout de quelques années, c'est l'indigène qui détient l'argent et l'étranger qui a appris à connaître le pays »*[480].

Il est bien évident qu'il ne peut y avoir dans ce type de mariage de libre cessibilité « des parts sociales », bien que ces termes soient impropres à une société en participation dénuée de

---

[476] J. Calvo, « la pratique internationale des joint-ventures », Les Petites Affiches, 16 mars 1990, p.17. Voir aussi l'article de L'Essentiel du Management, mai 1997, « Joint-venture (alliance d'entreprises sous forme d'une filiale commune » : « *la multiplication a surtout été liée, dans les années 60 et 70, à l'expansion des multinationales dans les pays qui, comme la Chine, l'Inde ou le Mexique, exigeaient la présence des capitaux nationaux dans les sociétés créées sur leur territoire ».*

[477] Ce terme est tantôt masculin, tantôt féminin, selon les auteurs.

[478] J. Calvo idem.

[479] A. Garcia, « L'investissement à l'étranger et la pratique des joint-ventures internationales », in *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , GLN Joly Editions, mars 1992, n°9, p.8.

[480] A. Garcia idem.

capital social donc de parts, et que la durée de vie de l'alliance corresponde à du moyen, voire du long terme[481].

130. Dans certains Etats, la forme juridique est induite de la législation : il s'agit dès lors de sociétés en participation. La joint-venture est en Arabie Saoudite[482] « *une participation discrète aux activités d'un commerçant saoudien. Cette forme de société en participation connaît une certaine importance économique : elle permet à des étrangers d'exercer leurs activités sous le couvert d'un « homme de paille » saoudien. De telles activités se sont développées là où le droit saoudien interdit l'intervention étrangère et aussi lorsque les nationaux sont clairement avantagés (marchés publics)[483]. Mais il s'agit d'activités illégales, donc sans protection juridique* », bien que la joint-venture soit prévue à l'article 40 du décret du 22 mars 1985. Hors ces cas spécifiques, ô combien courants pour les sociétés en participation, notamment dans le cadre de marchés publics, les partenaires peuvent utiliser les mécanismes des sociétés de capitaux.

131. On constate qu'à l'évolution du droit des sociétés suit celle de l'économie d'un Etat[484] (et vice versa). L'un des exemples est la Turquie. « *L'activité économique des étrangers a été largement libéralisée en Turquie depuis 1980, ce qui a suscité de nombreuses créations[485].*

---

481 Cinq, dix ans et plus, pour l'entreprise institutionnalisée.

482 L'Arabie Saoudite a établi une liste contenant tous les secteurs qui ne sont pas ouverts aux investissements étrangers, à savoir actuellement trois secteurs de production et treize secteurs de services. Pour approfondir cette situation : www.lemoci.com/arabie-saoudite.

483 K. Langelfeld-Wirth « la joint-venture en Arabie Saoudite et dans les Emirats Arabes-Unis », *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, GLN Joly Editions, mars 1992, n°178, p.384.
Plus claire est la situation aux Emirats Arabes Unis, où « *la participation, partnership, est réservée aux citoyens des Emirats. Toutes les autres sociétés doivent avoir une majorité d'actionnaires locaux. Le consortium est un accord interne, sans immatriculation au registre du commerce : il faut se garder de l'utiliser pour organiser des activités d'homme de paille* », Klaus Langelfeld-Wirth « la joint-venture en Arabie Saoudite et dans les Emirats Arabes-Unis », *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* ,GLN Joly Editions, mars 1992, n°179, p.388.

484 D. Redor, *Les économies d'Europe de l'Est : Europe Centrale, Orientale et Russie depuis 1989*, Mémo Seuil Economie, 1997, p.79 : « *dès les premières années du changement systématique, la plupart des pays promulguent des codes d'investissement très avantageux pour les sociétés étrangères. Outre le « traitement national », à savoir que les investissements étrangers bénéficient du même traitement que les investissements nationaux, certains pays accordent des exemptions d'impôt sur les bénéfices allant de un à cinq ans (Pologne, Roumanie, Slovaquie)* ». Cette évolution a bien sûr pris de plus en plus d'ampleur avec l'intégration d'une partie de ces Etats dans l'Union Européenne.
Cette évolution a été aussi constatée au niveau des investissements des multinationales dans les pays en voie de développement, notamment socialistes, sous l'influence de la perestroïka, selon W. Andreff, *Les multinationales globales*, La Découverte, Repères, 1996, p.23.

485 Notamment par le biais des Limited Sirket, sociétés à responsabilité limitée ou des Anonim Sirket, sociétés anonymes. Les textes de loi qui régissent les investissements étrangers en Turquie sont les suivants :
- la loi n°6224 du 18 janvier 1954 sur les investissements directs étrangers, modifiée à plusieurs reprises et

Avec une autorisation du Service du Capital Etranger dépendant du Commissariat au Plan, les entreprises étrangères peuvent se livrer à des activités industrielles ou commerciales, fonder des sociétés, des succursales, des bureaux de liaisons ou de représentation, prendre des participations… » Quant au consortium, ou joint-venture sans personnalité juridique, « *le droit turc connaît aussi l'accord analogue à la société simple du droit suisse ou la BGB allemande. C'est un accord temporaire, qui expire avec la réalisation de son objet, comme par exemple, dans le cas des ponts, barrages…. Mais cela exclut toute activité continue, de durée indéterminée, ou limitée à un objet. La création d'une telle société est soumise à autorisation des ministères chargés du Trésor et du Commerce Extérieur »*[486]. Cette évolution a été intensifiée par le rapprochement des normes législatives et réglementaires turques avec celles de l'Union européenne, préalable à l'éventuelle intégration de la Turquie. *« Pour un étranger, investir en Turquie est désormais totalement libre, sans autorisation préalable, et se fait donc dans les mêmes conditions que pour tout investisseur local. A l'échelle de la Turquie, c'est une petite révolution qui renverse définitivement les habitudes démocratiques de contrôle des investissements qui a eu cours pendant les cinquante dernière années »*[487]. Ainsi, l'évolution économique et juridique d'un Etat induit actuellement la libéralisation des échanges et des créations d'entreprises plurinationales, donc une mise en pratique de la globalisation, sous l'influence notamment de l'Organisation Mondiale du Commerce.

132. L'autre exemple est la République Populaire de Chine. L'évolution favorable[488] aux investisseurs étrangers date de l'époque 1979/1980, sous l'influence de Deng Xiaoping[489],

---

notamment par le décret n°95/6990 du 7 juin 1995,
- le décret-cadre n°92/2789 sur le capital étranger, entré en vigueur en mars 1992.

486 B. Dauran et C. Dauran « Pratique des entreprises conjointes en Turquie », *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , GLN Joly Editions, mars 1992, n°399 et 400, p.395 et 400.

487 Chambre de commerce française en Turquie, « Le droit des affaires en Turquie », GNL, Istanbul, 2005

488 A. Chieng, « Entreprise chinoise : une gestion en système », *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, tome 1 Economica, Editions G. Vermette inc. 1989, n°48, p.966 et suivantes, notamment p.984 à 99 : cette évolution favorable concerne aussi l'autonomie de la joint-venture : « *le point le plus important est certainement l'autonomie de la joint-venture. La loi* [précise] *que le Conseil d'Administration en est la plus haute autorité, car, en Chine, une entreprise dépend étroitement d'une autorité de tutelle administrative. L'expérience des joint-ventures montre qu'il faut souvent se battre pour obtenir l'application de cette loi* ».

489 A.Chieng, idem notamment p.984 à 990 : La politique de réformes de Deng Xiaoping présentait « *un triple défi : le défi de faire cohabiter une logique capitaliste et un système socialiste, le défi de faire progresser le niveau technique et scientifique de la Chine par une large politique d'ouverture et le défi de réaliser le mariage entre les méthodes de gestion occidentales et les habitudes culturelles chinoises* ».
H. U. Klassen « Les formes de l'investissement étranger en République Populaire de Chine », *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , GLN Joly Editions, mars 1992, n°173, p.372 à 375 : « *L'investissement direct joue un rôle important dans la coopération qui se développe depuis 1979 entre la Chine et les pays industrialisés. Les investissements sont, aux yeux des Chinois, un moyen*

bien que la loi du 1er juillet 1979 soit entrée en vigueur par l'ordonnance d'application du 20 septembre 1983 et celle du 13 avril 1988 par le décret d'application du 7 août 1995[490]. Néanmoins, de longue date les pays socialistes connaissent des accords de coopération industrielle qui se présentent sous forme d'un « *ensemble de contrats mettant en place une entreprise commune. Il s'agissait essentiellement de contrats de coproduction avec spécialisation qui constituaient une forme plus intégrée d'accords de compensation* »[491]. Avec la chute du bloc soviétique et la raréfaction des pays socialistes, la Chine reste emblématique de l'évolution de leur droit des sociétés, d'autant que contrairement à la majorité de ses anciens homologues, elle a, avec Cuba, la Corée du Nord et le Vietnam, mis au point un statut spécifique pour les entreprises en coopération. Initialement ces dernières joint-ventures sont, à l'époque, les plus répandues dans le monde socialiste, en raison de la non-reconnaissance de l'existence de la propriété privée et donc du patrimoine pour une société. Pour autant, la participation des investisseurs ou fournisseurs étrangers dans l'économie chinoise reste encadrée[492]. Les apports sont constitués soit par les investissements

---

peu coûteux en devises pour importer du savoir-faire technique et managérial, pour renforcer l'exportation. Ces objectifs sont suffisamment importants pour porter atteinte au principe fondamental de propriété socialiste des moyens de production ».

E. Bouteiller et M. Fouquin, *Le développement économique de l'Asie Orientale,* La Découverte, Repères, 1995 p.105 à propos des investisseurs étrangers en Chine : « *marginaux en termes de production et d'emploi, ils contribuent à plus du quart des exportations chinoises et ils permettent la modernisation de l'industrie chinoise. Deux tiers de ces investisseurs sont en fait des Chinois de Hong-Kong, de Taiwan ou de la diaspora chinoise* ».

Cette évolution économique participe à l'amélioration économique de la Chine qui a fait dire à Fan Gang, directeur de l'Institut National de Recherche Economique à Pékin, *Enjeux Les Echos,* mars 2004 p.86 que « *les progrès économiques en Chine ont été fulgurants depuis vingt-cinq ans : le PIB par habitant a décuplé, avec à la clé, un changement de mode de vie pour la majorité des Chinois... Cette phase de transformation n'est pas finie. Les Chinois croient aux progrès à venir, surtout les jeunes qui espèrent vivre encore plus confortablement demain* ».

[490] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004, p.276.

[491] V. Pironon, idem citant L.O. Baptista et P. Durand-Barthez, *Les associations d'entreprises (joint-ventures) dans le commerce international*, LGDJ Feduci 2ème édition 1991. Les accords de compensation concernent les accords d'échange compensé, dans le domaine des échanges commerciaux internationaux. Plusieurs types d'approches sont possibles, lorsque les expéditions dans les deux sens font l'objet de contrats séparés. Voir le guide juridique de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International du 22 mai 1992 : « *l'engagement d'échanges compensés est un engagement à conclure ultérieurement un contrat ou une série de contrats de fournitures dans une direction ou dans les deux. Selon une approche, le contrat d'exportation et l'accord d'échanges compensés sont conclus simultanément et le contrat de contre-exportation est conclu ultérieurement. C'est la méthode utilisée lorsque les parties souhaitent finaliser un contrat d'expédition dans une direction (contrat d'exportation) avant de convenir du contrat d'expédition dans l'autre direction (contrat de contre-exporation)… Selon une autre approche, l'accord d'échanges compensés est conclu avant la conclusion des contrats de fourniture. Cette solution est en général retenue lorsque les parties souhaitent établir un cadre contractuel qui permettra un certain volume d'échanges réciproques durant un délai donné… Selon une autre approche encore, les parties concluent simultanément les contrats de fourniture distincts pour les expéditions dans chaque direction, ainsi que l'accord d'échanges compensés établissant une relation entre lesdits contrats* ».

[492] L'article 126 de la loi du 4 avril 1990 sur les contrats maintient l'interdiction de choisir la loi applicable lors d'un litige porté notamment devant des arbitres internationaux, pour les contrats de joint-ventures, selon V.

à réaliser, soit par des apports en industrie et en jouissance de certains biens ou droits d'utilisation pour la durée de l'entreprise, appelés « *conditions de coopération* »[493].

133. Il existe trois types de coopération possibles. La première est l'entreprise conjointe ou *Equity Joint Venture* : il s'agit d'une entreprise autonome dont le capital, comme le nom de la structure l'indique, « *est détenu par des associés étrangers et des Chinois. Cette entreprise doit être prévue dans le plan sur l'initiative du gouvernement* », pour les projets d'envergure nationale, *« ou du partenaire chinois. Pour les projets les plus importants, il faut établir une étude de faisabilité, le plus souvent établie par le partenaire chinois. Il est souhaitable de consulter toutes les autorités concernées »*[494]. Il faut dès lors concevoir cette joint-venture comme une sorte de société mixte, « *l'adjectif mixte tenant à la qualité des partenaires dont l'un est une société privée étrangère, l'autre une entreprise d'Etat ou une coopérative contrôlée par l'Etat »*[495] .

La seconde est appelée entreprise en coopération ou *Contractual Joint Venture* : « *la coopération ne s'établit pas nécessairement sous la forme d'une entreprise nouvelle autonome. Les joint-ventures contractuelles se sont développées, sans fondement juridique, pour répondre aux exigences pratiques de l'économie chinoise dès le début de la politique de réformes, par exemple dans le cadre de coopération entre Chinois de l'intérieur et Chinois de Hong-Kong ou de Singapour* »[496]. Cette entreprise ne dispose ni de capital social, ni de patrimoine. En principe, les « *biens demeurent la propriété des parties, à moins qu'ils ne soient mis en commun par stipulation expresse au contrat* »[497], ce qui implique, nous semble-t-il, pour des raisons pratiques la mise en place d'une indivision. La société est engagée par son organe de direction, en raison de l'article 52 alinéa 2 du décret de 1995[498]. Les parties au contrat déterminent librement les modalités de répartition des bénéfices et des pertes, et donc des dettes qui en résulteront, à défaut en fonction de leurs contributions respectives, même en

---

Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz 2004 p.290.

[493] V. Pironon, idem p.341.

[494] H. U. Klassen « les formes de l'investissement étranger en République Populaire de Chine », in *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales* , GLN Joly Editions, mars 1992, n°173 et 378, p.372 à 375 et 378.

[495] V. Pironon, idem p.273.

[496] H. U. Klassen idem n°173 et 378 p.372 à 375 et 378.

[497] V. Pironon, idem p.332.

[498] V. Pironon, idem p.333 : « *l'organe de direction étant un organe représentatif en Chine, il devrait également pouvoir engager toutes les parties* ».

Article 52 alinéa 2 du décret de 1995 : « *une seule partie ne peut administrer et utiliser seule les investissements et autres contributions* ».

cas d'amortissement anticipé du capital étranger[499]. Se pose dès lors la question de l'opposabilité aux tiers de la répartition contractuelle. Il semble qu'il faille considérer qu'elle est inopposable aux tiers en raison de l'effet relatif des contrats[500] . Les autorités chinoises associent à cette forme de joint venture sans capital les sociétés de personnes, car elles se caractérisent aussi par leur souplesse de constitution et de mise en œuvre[501].

La troisième concerne l'entreprise complètement étrangère ou *wolly Foreign owned Enterprise* : « *filiale à 100%, mais autorisée quand elle est utile à l'économie chinoise* »[502]. Désormais, les courtiers en assurances peuvent opérer seuls sur le marché chinois, sans joint-venture, après cinq ans de présence sur celui-ci[503].

134. Cette législation favorable aux implantations étrangères s'est encore développée par la loi du 31 janvier 2003, dite *Interim Measures for the Establishment of foreign trade companies with Chinese and foreign investment*. Elle permet la localisation des joint ventures dans toute la Chine et ne la confine plus à des zones économiques spécifiques. Le plafond de détention du capital par les investisseurs étrangers est levé depuis le 11 décembre 2003, mais le seuil de détention est d'abord resté à 25 % puis est monté à 50%[504]. En outre, les autorités chinoises ont édicté une nouvelle réglementation relative aux fusions et acquisitions[505].

---

499 Article 44 dernier alinéa du décret de 1995 : « *si au cours de la période de coopération le partenaire étranger a recouvré son investissement, les partenaires chinois et étrangers demeurent responsables des dettes conformément à la loi et aux stipulations au contrat* ».

500 Voir dans ce sens : Valérie Pironon, idem p.334.

501 Voir l'article d'Ernst et Young Suisse sur le site http://www.eycom.ch/china/services/legal/fr.aspx .

502 H. U. Klassen idem p.372 à 375 et 378.

503 *Dernières Nouvelles d'Alsace*, « Le marché chinois fait rêver les Européens », 21 mai 2000. Selon *Le Monde*, « *les assureurs seront autorisés à vendre les mêmes produits que leurs homologues chinois trois ans après l'adhésion de la Chine à l'OMC en assurance-vie et un an après en dommages* », *http://www.le monde.fr*.

504 Voir l'article « Alstom crée sa première coentreprise globale avec un chinois », entretien avec le PDG d'Alstom, *Le Figaro*, 22 avril 2011, p.21 : *« la coentreprise facilitera l'accès d'Alstom au marché chinois. Nous avions un problème de taille critique et besoin d'améliorer notre compétitivité dans ce domaine... Il n'y a pas de transfert de technologie puisque nous sommes propriétaires de l'entreprise ... »*.

505 Géconfluences « La Chine entre espaces domestiques et espace mondial », http://geoconfluence.ens-lsh.docetpays/Chine/ChineScient3.htm : « *L'adoption d'un cadre légal (loi sur les joint venture, traités bilatéraux de protection de l'investissement et de non double taxation, etc.) et des mesures préférentielles ont provoqué un gonflement considérable des entrées de capitaux* ». ; voir aussi Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, « Les conditions d'implantation en Chine : pour une application du traitement national », www.etudes.ccip.fr/dossiers/**chine/chine**_traitementnational.pdf ; Mission économique DGTPE, « Réussir l'acquisition et la post-acquisition d'une entreprise en Chine », hppt://www.missioneco.org/hongkong/documents_news : « *depuis 2003, se développe ainsi une législation qui permet aux investisseurs étrangers de nouvelles formes de pénétration, et notamment celle de l'acquisition, de mieux en mieux encadrée* ».

Voir aussi, geocities.com/droitchinois/pme.html : « *dès le début des réformes économiques, les autorités chinoises ont mis en place trois structures juridiques destinées aux investisseurs étrangers, ce sont : les joint venture d'équité ayant la personnalité juridique, le joint-venture contractuel et l'entreprise à 100 % étrangère. Depuis, il est possible pour un investisseur étranger de créer une succursale, de prendre une participation supérieure à 25 % dans une autorité chinoise. Une place spéciale doit cependant être réservée au bureau de représentation car il n'est pas autorisé à effectuer des activités commerciales* ».

135. Si les *Contractual Joint Ventures*, purement contractuelles, sont assimilables à des sociétés en participation, avec l'évolution de la législation chinoise elles perdent de leur intérêt pour les opérations autres que les structures ad hoc, notamment de courte durée. Ce mouvement amorcé dans les années 1979/1980 s'est renforcé en 1988 puis par la loi du 31 octobre 2000 sur les entreprises sino-étrangères : « *la loi de juillet 1979 a autorisé les investissements étrangers dans des sociétés à capital mixte ; depuis, des législations successives ont précisé et amélioré les conditions pour les partenaires étrangers. D'une part, elles ont multiplié les secteurs où ces investissements bénéficient d'avantages fiscaux ; d'autre part, elles ont étendu largement les zones géographiques où ils bénéficient des conditions privilégiées »*[506].

Néanmoins, on constate que le transfert de technologie des entreprises occidentales, via les coentreprises, ne fonctionne pas alors à son plein régime, en raison, outre d'une relative méfiance des pouvoirs publics à l'égard d'un capitalisme autochtone, de la bureaucratie et des règles de propriété industrielle[507], bien qu'une évolution se soit amorcée en ce domaine[508]. La

---

[506] F. Lemoine, *La nouvelle économie chinoise*, Repères, La Découverte, mars 1994 p.34 et 35 : « *à son congrès d'octobre 1992, le parti communiste a adopté un programme de passage à l'économie socialiste de marché* ».

[507] Mission effectuée par le Sénat français en Chine du 10 au 22 septembre 2005, http://www.senat.fr : « *il est important que les grandes PME françaises s'intéressent davantage au marché chinois… Leur implantation ne sera sans doute pas simple et sans risque. La Chine est aujourd'hui un Etat de lois mais pas un Etat de droit. En matière de contrefaçons par exemple …* ».

J.-F. Huchet, « Il ne faut pas avoir peur du péril jaune. La Chine a des années de retard », *Enjeux Les Echos*, novembre 2003, p.144 : « *en Chine, la haute technologie appartient aux étrangers. Ce sont eux qui font tourner la machine exportatrice. C'est un schéma de commerce intra-firme et non celui d'une super puissance high-tech… Il faudrait que le gouvernement organise la diffusion de compétences technologiques détenues par les firmes étrangères vers sa propre industrie, via la création d'entreprises par d'anciens employés des multinationales, la diffusion de l'information, l'éducation et des politiques industrielles… Tous ces plans ont échoué, par incurie bureaucratique, mais aussi en raison de la propriété industrielle…*[Quant aux délocalisations,] *le processus a démarré dès la fin des années 60. Une grande partie des industries présentes en Chine sont à faible valeur ajoutée. Elles ne sont plus viables depuis longtemps en Occident : le salaire minimum américain est 72 fois supérieur à celui d'un Chinois ! En fait, la Chine a également récupéré les excédents commerciaux qui existaient entre Taiwan et les Etats-Unis ou avec Hong-Kong du fait des délocalisations… Il n'y a pas encore aujourd'hui en Chine de capitalisme établi, au sens d'une bourgeoisie stable fondée sur l'accumulation d'un patrimoine* ».

Cette situation rend encore difficile les relations d'affaires. Voir par exemple l'article « L'Argentine aiguise l'appétit de la Chine pour la nourriture et le vin », du *Finantial Times*, 22 octobre 2003, à propos des exportations, mais que l'on peut généraliser : « *les exportateurs se plaignent de la complexité chinoise, de sa bureaucratie et de son caractère imprévisible. "*Aujourd'hui, vous avez à conclure un marché avec des autorités municipales, provinciales et privées, alors qu'il y a quelques années, seul intervenait le gouvernement central*"* ». Cette complexification, à savoir l'intervention pour un même contrat d'une multiplicité d'autorités et l'obligation d'obtenir leur aval, provient entre autres d'un changement de législation (en l'occurrence l'interdiction d'importer des sojas transgéniques) et de la volonté, plus générale, d'encourager la production des produits en Chine même.

[508] C. Bernard, « Quand la Chine high-tech s'éveille », *Enjeux Les Echos*, mai 2004, p .57 : « *Motorola, Alcatel, Microsoft, Nokia, Intel, Roche, Siemens… les plus grands noms du high-tech d'occident semblent s'être donnés rendez-vous en Chine. Pas seulement pour produire et vendre. Mais pour y ouvrir des centres de recherche et*

modification de la législation portant sur le pourcentage de détention du capital permet de lever cet obstacle.

136. Ces deux exemples, Turquie et Chine, démontrent l'utilité d'une société en participation[509] pour s'introduire dans des pays ou des secteurs fortement encadrés. Pour autant, l'évolution de ces législations met en avant l'inadéquation d'une société non pourvue de personnalité morale pour des opérations perdurant, comme le démontre, entre autres, en Chine et en Corée du Nord, l'existence des sociétés hybrides[510]. La société de capitaux, même encadrée, voire muselée, s'impose.

L'évolution du droit mais aussi l'existence même de la joint-venture démentent la volonté politico-économique de certains Etats socialistes. En tant que telles, elles deviennent des instruments au service de l'internationalisation.

2° L'obligation de s'associer déterminée dans des traités internationaux

137. Avoir en face de soi une structure coordonnée et unique est bien confortable pour une collectivité. Ceci explique, comme nous l'avons déjà remarqué, l'intérêt des collectivités publiques pour la société en participation. L'un des exemples les plus frappants est la société en participation « Eurotunnel », dont l'historique des évènements explique son fonctionnement[511].

Les 10 et 11 septembre 1981, lors d'un sommet franco-britannique, Margaret Thatcher et François Mitterrand remettent sur les rails un « lien fixe » transmanche, en décidant de

---

développement, attirés par la compétitivité du rapport qualité / prix de la « main d'œuvre » : un bon chercheur chinois coûte moins de 1000 € par mois… ».

C. Bernard, idem p. 68 : « *le seul hic, mais d'importance : le respect douteux des Chinois pour la propriété intellectuelle : brevets, marques, dessins* ».

C. Bernard, idem p. 72 : *les autorités chinoises ont multiplié ces dernières années les plans d'action destinés à renforcer la capacité scientifique du pays.*

[509] Voir par exemple, sur le site http://www.vnuet.be/datanews/detalle.asp?ids=/News/Top_Stories, l'accord de participation créant l'entreprise en coopération Huawei-3COM, le 11 novembre 2003 : cette coentreprise développe des routeurs et des commutateurs pour le marché de l'entreprise. Elle va embaucher mille cinq cents salariés dont mille deux cents se consacrent à la recherche et au développement de nouveaux produits. Le siège social se situe à Hong-Kong et des usines sont installées à Hanzhou, en Chine. L'américain 3COM a le droit de vendre les nouveaux produits de la joint-venture, dans le monde entier, sauf en Chine et au Japon. Le dirigeant de la société chinoise est le gérant de la coentreprise. La constitution de la joint-venture a impliqué l'approbation officielle des autorités américaines et chinoises.

[510] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004, p.336 : « *entreprises qui bien que relevant du statut des entreprises contractuelles, sont menées par l'intermédiaire d'une personne morale distincte de ces membres* ». Elles sont constituées sous forme d'une SARL, mais laissent une plus grande liberté à leurs membres pour « *organiser leurs relations mutuelles* », et en tant que telles relèvent du régime des entreprises contractuelles.

[511] Voir l'annexe 2.

« *programmer une étude conjointe sur l'intérêt et les possibilités d'une liaison transmanche. Un groupe de travail franco-britannique est mis en place. En 1982, le rapport est déposé et conseille la construction d'un double tunnel ferroviaire comportant des navettes pour les véhicules »*[512] . Le 20 janvier 1986, à l'Hôtel de Ville de Lille, Margaret Thatcher et François Mitterrand annoncent le choix d'un double tunnel ferroviaire, à savoir le projet Eurotunnel. Le 12 février 1986 Roland Dumas et Sir Geoffrey Howe signent le traité franco-britannique[513] à Canterbury, posant les principes d'Eurotunnel.

Les deux Etats décident incidemment que le tunnel sera construit et exploité sous l'égide d'une société en participation, créée entre France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd. En effet, la société en participation ainsi que le Conseil Commun[514] sont suggérés par le Traité de Cantorbery dans son article 13 alinéa 1 : « *les concessionnaires agissent conjointement vis-à-vis des gouvernements et sont représentées auprès d'eux par un exécutif unique. Ils sont responsables conjointement et solidairement pendant toute la durée de la concession…* » . Ces instances sont confirmées dans le contrat de concession de service public[515] dans son article 18 : « *les concessionnaires constituent un organe commun formé par les représentants désignés par chacun d'eux. Cet organe comprend un nombre en principe égal de représentants nommés par chacun des concessionnaires. Il a pour mission de :*

- *coordonner l'ensemble des études et travaux de construction ;*
- *coordonner l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage ;*
- *représenter les concessionnaires auprès de la Commission Intergouvernementale*[516] *pour tout ce qui touche à la conception, à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe* ».

---

[512] F. Pecheux, *Tunnel sous la Manche, impact pour le transport routier de marchandises belges*, Institut du transport routier, Bruxelles, 5 décembre 1988.

[513] Voir le traité entre le Royaume – Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la France concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche en annexe 3.

[514] « *Il a la responsabilité de la direction et de la gestion du Groupe Eurotunnel. Le Président du Groupe et, à travers lui, le Directeur Général, sont responsables de la gestion du Groupe Eurotunnel dans le cadre défini par le Conseil Commun, certains sujets relevant de la seule compétence du Conseil, tels que la stratégie globale, les budgets, l'approbation des investissements importants et l'examen des sujets opérationnels, juridiques et financiers importants* », Rapport annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, p.50.

[515] Le contrat de concession de service public a été conclu le 14 mars 1986 pour une durée de cinquante-cinq ans.

[516] Instituée par l'article 10 du Traité de Canterbury, pour assumer la responsabilité d'ensemble, pour le compte des deux gouvernements, portant sur toutes les questions relatives à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe, Department of the Environment Transport and the Regions (Transport), comité de Sécurité au Tunnel sous la Manche, rapport annuel, 1995-1996.

138. Par la suite le choix de la législation, ou plutôt l'absence de choix, induit la création par les deux entreprises concessionnaires[517], « à parts égales »[518], d'une société en participation « Eurotunnel », de par son essence contractuelle, « *ni française, ni anglaise* »[519]. Elle était « *unique en son genre, binationale et paritaire, entre la France et la Grande Bretagne* »[520]. Ainsi, le groupe Eurotunnel est né réellement le 13 août 1986[521]. Cette situation juridique est présentée par le commissaire aux comptes du groupe Eurotunnel, dans son rapport spécial sur les conventions réglementées relatives aux comptes de l'année 1998[522]. Par la suite, les entreprises de construction, actionnaires initiales des deux sociétés anonymes concessionnaires, ont conclu – entre elles-mêmes et de façon indirecte – le contrat de construction[523], ce qui démontre l'absence d'indépendance organique entre Eurotunnel et les constructeurs ! « *Au moment de sa conclusion, son indépendance organique n'était pas encore affirmée. De plus 70 % de l'actionnariat était constitué avec les entreprises lauréates de l'appel à projet, c'est-à-dire les entreprises qui seront chargées de la construction* »[524]. Cette situation explique sans nul doute les péripéties juridiques que connaît ensuite Eurotunnel.

139. Eurotunnel, société en participation, aujourd'hui disparue, était une nécessité pour coordonner les travaux de construction de cette aventure en commun, en l'absence de l'existence de toute autre société européenne. Son originalité reposait aussi sur sa souplesse juridique. Rappelons qu'elle était qualifiée de société en participation de droit français et de partnership de droit anglais.

Ainsi, les deux gouvernements ont imposé des instances communes européennes pour favoriser l'harmonie de l'opération. « *Eurotunnel, société jumelle, paritaire entre la France et la Grande Bretagne, constitue le prototype de la société de droit communautaire* »[525]. Prouesse technologique et innovation juridique, mais aussi désarroi financier, telle est cette

---

[517] Rapport Sénat, séance 2 juin 1999, p.4.
[518] Rapport Annuel du groupe Eurotunnel, année 1998 p.31 et rapport annuel du groupe Eurotunnel, année 2004 p.62.
[519] Documentation émanant des Relations Publiques de la société Eurotunnel SA.
[520] JMD, « Les cinq groupes français se sont regroupés au sein d'un GIE : Transmanche Construction », Les Petites Affiches, 20 septembre 1995, p.4.
[521] « *Les contrats de construction et de maîtrise d'œuvre ont été conclus le 13 août 1986* », selon JMD, idem. L'article 6 de la concession prévoit un maître d'œuvre indépendant. Le contrat de construction a été modifié à six reprises.
[522] Voir annexe 2.
[523] « *Le contrat de construction a été signé avec l'entrepreneur Transmanche Link (TML). TML est constitué d'une groupement d'entreprises françaises (Transmanche Construction) et d'un groupement d'entreprises britanniques, Translink* », Rapport Assemblée Nationale, 16 juin 1999, p.5.
[524] JMD, idem
[525] JMD, idem

aventure en commun. C'est pourquoi la restructuration en 2007 du groupe a entraîné la disparition de cette originalité binationale[526].

[526] Voir annexe 2.

Conclusion du chapitre premier

140. La société en participation apparaît comme un contrat de partenariat en adéquation avec la diversité des espaces qu'ils soient internationaux ou nationaux, en raison de sa souplesse et de son adaptatibilité, même si la législation relative à la SEL encadre cette dernière. C'est un concept organisationnel et contractuel permettant de préserver les droits élémentaires des coparticipants, notamment celui d'une information cadrant avec leurs intérêts. Comme tout contrat, il repose sur les notions de consentement, capacité, objet et cause. Ce chapitre premier est consacré à la notion de consentement, et notamment la possibilité pour les participants d'élaborer « leur » contrat, en ayant finalement peu de réglementation du droit des sociétés à intégrer.

141. Sur ce contrat s'adosse l'ancienne societas de droit romain. Sont donc sous-jacentes les notions d'associés, ici les participants, d'entreprise commune, donc d'affectio societatis, d'apports et de répartition des bénéfices ou pertes. Il nous semble néanmoins que le vocabulaire du droit des sociétés n'est que peu compatible avec cette structure à façon, sans personnalité juridique et donc sans patrimoine social. Il en est ainsi de la notion de parts sociales. Comment en effet concevoir de telles notions en l'absence de patrimoine social ? Il convient mieux d'envisager les notions de répartition du partenariat, tant pour les parts sociales que pour les « apports ». De fait, la notion d'apports implique elle-aussi celle de capital.

142. Pour autant subsiste la répartition des bénéfices ou des pertes, fondée sur la notion même de partenariat. Mais ce qui ramène à l'ancienne societas, c'est l'obligation de cette répartition. Il en est de même de l'affectio societatis. Il apparaît que consentement et affectio societatis lors de la conclusion du contrat de société en participation sont indissociablement liés. Néanmoins, eu égard à l'intérêt des collectivités territoriales dans le domaine des marchés publics, il arrive que l'affectio societatis soit induit, voire imposé. Mais, malgré cet état de fait il subsiste.

Reste que dans tout contrat, se posent aussi les questions de l'objet et de la cause. C'est ce qu'il sera envisager dans le deuxième chapitre.

Deuxième chapitre : L'objet et la cause de la société en participation : une réponse adaptée à un marché

143. Plus vite, toujours plus vite : l'histoire du capitalisme se confond avec celle de la vitesse. Depuis plus de deux siècles, les pays industrialisés connaissent une accélération incessante de la production et des transports, un formidable raccourcissement de la vie des objets et des idées, voire de celle des entreprises, notamment celles qui sont liées par une opération ponctuelle[527]. Dans une économie en perpétuel mouvement, touchant à la fois la consommation, les marchés qui tendent à réduire le cycle de vie des produits, les technologies de l'information et la conception de la valeur de l'entreprise, intégrant tant l'aspect humain, ses actifs immatériels ou le capital social de l'entreprise, l'organisation se doit de répondre aux sollicitations imposées par son marché. Il ne s'agit pas d'une réponse fugace, mais d'une réponse extrêmement célère, induite par les notions de veille environnementale, de flexibilité et d'innovation. La société pressée est une invention de la fin du 20ème siècle, le rejeton de la globalisation et du temps réel. L'une rétrécit l'espace, l'autre contracte le temps[528]. Ce phénomène est décrit par le sociologue Jean-Marc Salmon comme « *La Cité mondiale* »[529] ou par le physicien Etienne Klein comme « *l'idéologie de l'urgence* »[530]. La révolution des modes de communication, notamment l'informatique et plus spécialement Internet, et celle des technologies ont diminué considérablement la notion d'espace et de temps : une même entreprise multinationale peut travailler en continu, en suivant la course du soleil[531]. La Bourse et la Net-économie ne cessent pas réellement leur activité. De l'usine au laboratoire, de la logistique au magasin, un seul souci : comprimer les délais, gagner des secondes, des

---

527 F. Lenglet, « Mouvement perpétuel » *Enjeux Les Echos*, numéro spécial : « La course contre le temps », juillet-août 2001, p.9.

528 M.-P. Virard, « La course contre le temps », *Enjeux Les Echos*, numéro spécial : « La course contre le temps », juillet-août 2001, p.48.

529 J.-M. Salmon, « Un monde à grande vitesse », *Enjeux Les Echos*, numéro spécial : « La course contre le temps », juillet-août 2001, p.110.

530 E. Klein, « L'idélogie de l'urgence traduit notre incapacité à penser le futur », *Enjeux Les Echos*, numéro spécial : « La course contre le temps », juillet-août 2001, p.111.

531 C. Vincent, « Les entreprises françaises gardent le cap sur l'international », dossier « La mondialisation à bout de souffle ? » *Enjeux Les Echos*, mai 2003, p.63 : « *les entreprises françaises sont résolument optimistes : non, la mondialisation ne va pas s'arrêter… Il faut « simplement » s'adapter, sachant que le mouvement de consolidation était déjà engagé…Les grandes entreprises françaises sont trop développées à l'étranger pour envisager, sauf cas d'espèce, un repli frileux sur leur territoire ou sur la seule Europe, même élargie à l'Est et à la Baltique…Pourtant, les dernières années ont laissé des traces. Visiblement, un bémol est mis à la course effrénée au volume et aux parts de marché* ».

mois[532]. C'est ainsi que les économistes ont adapté le concept de Marshall Mc Luhan[533] de « *Village planétaire* ».

144. Les changements technologiques, liés aux communications et à l'informatique ont révolutionné l'organisation du travail au sein des entreprises. « *L'intensité des changements intervenus dans un laps de temps relativement court a imposé aux entreprises de nouvelles contraintes de gestion* ». On assiste à ce que certains appellent une *« co-opétition. Elle s'inscrit dans une perspective stratégique de gestion de la complexité conduisant les entreprises à de délicates itérations entre spécialisation, complémentarité et diversification, entre croissance autocentrée sur des métiers bien maîtrisés et développement externe en réseau »*[534]. L'accélération du temps suppose une nécessaire promptitude des réponses entrepreneuriales. « *L'entreprise vit dans et du court terme »*[535]. Le court terme s'impose à elle *« car elle doit constamment en lire et en interpréter les signaux »*[536]. Mais, ses choix en moyens humains et techniques, établis à court terme, doivent assurer sur le long terme sa pérennité. *« L'étude de la conjoncture est donc essentielle pour la firme… Le long terme se construit… dans le court terme »*[537].

145. L'un des reproches que l'on fait aux organisations repose sur leur structure bureaucratique. « *Pendant très longtemps, l'adage «* la structure doit suivre la stratégie » *a été considéré comme un principe immuable. Puis l'accélération du changement a fait que les entreprises ont eu de plus en plus de difficulté à adapter leur structure aux nouvelles stratégies. L'état des structures apparaît alors comme conditionnant en partie les choix stratégiques envisageables, mais dans la mesure où la plupart d'entre elles recèlent un montant important de rigidités, elles s'avèrent de plus en plus incapables de permettre une*

---

[532] S.L. « Les lieux où le temps s'accélère », *Enjeux Les Echos*, numéro spécial : « La course contre le temps », juillet-août 2001, p.79.
[533] M. Mc Luhan, *The Medium is the Message,* Columbia, 1968 ; il imagine dans cet ouvrage le Global Village ou village planétaire constatant que l'information véhiculée par les médias de masse fond en un tout l'ensemble des micro-sociétés. Le monde n'est plus qu'un seul et même village.
[534] U. Mayrhoffer, P. Nanopoulos et S. Urban, « Rapprochements d'entreprises et cadre juridique : pour une Sarl européenne », publication du CESAG, Strasbourg, octobre 1997, p.1.
[535] J.-P. Betbeze, « Conjoncture économique et gestion de l'entreprise », *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, Economica Editions G.Vermette inc. 1989, n°25, p.519.
[536] Ibidem.
[537] Ibidem.

gestion efficace de l'instabilité et du changement. Désormais, il s'agit en effet d'être aussi performant dans ses activités de base que dans celles en devenir ou en pleine mutation »[538]. Face à la poussée concurrentielle et aux évolutions technologiques, toute organisation doit savoir conjuguer rapidité, flexibilité, efficience et qualité, faire preuve d'une capacité d'innovation, y compris dans son mode de fonctionnement[539]. Ces mots d'ordre peuvent quelquefois apparaître comme antinomiques[540].

146. L'une des réponses à cette complexité des marchés actuels, grâce à sa souplesse et donc son adaptabilité, est la société en participation. « *Actuellement, on parle davantage de structure en réseau et en toile d'araignée, d'équipes hautement performantes ou de groupes ad-hoc, de processus horizontaux et virtuels, de systèmes chaotiques et sans frontières »*[541]. La société en participation correspond donc bien souvent à la notion d'adhocratie. « *Un environnement dynamique étant imprévisible appelle une structure organique ; un environnement complexe réclame quant à lui une structure décentralisée. L'adhocratie est le seul type de configuration qui présente ces deux caractéristiques »*[542]. L'adhocratie, ou organisation ad-hoc, correspond à merveille à la joint-venture contractuelle américaine, mais aussi à la société en participation française… Cette dernière est caractérisée par sa souplesse, sa rapidité de mise en œuvre, sa mouvance. Le professeur Henry Mintzberg décrit la gestion de production temporaire en ces termes : « *l'adhocratie temporaire rassemble des spécialistes venant des organisations diverses dans le but de la réalisation d'un projet unique, puis une fois le projet réalisé elle disparaît. Les adhocraties temporaires sont devenues extrêmement nombreuses dans notre société moderne : le « groupe de production » qui ne monte qu'une seule pièce de théâtre, le comité constitué pour mener la campagne électorale d'un seul candidat, le groupe de guérilleros qui renverse un seul gouvernement, le comité olympique constitué pour une seule édition des jeux. Dans le même genre d'adhocratie, on peut encore*

---

[538] M. Saias et J. Greffeuille, « L'état de l'art : vers de nouveaux paradigmes », in *Droit et Gestion de l'entreprise*, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, IAE de Paris, Vuibert Gestion, ESUG Toulouse, novembre 1993, p.226.

[539] P. Louart, « L'apparente révolution des formes organisationnelles », Revue Française de Gestion, janvier-février 1996, p.74.

[540] C. Beaucourt, « La dimension symbolique des configurations organisationnelles », Revue Française de Gestion janvier-février 1996 p.121 : « *les entreprises doivent à la fois répondre à une logique d'efficience (compétence inscrite dans des savoirs professionnels de bon niveau) et à une logique d'innovation (compétence liée au potentiel d'adaptation) »*. Voir à propos de la « c*oexistence durable de situations et de logiques apparemment opposées au sein des organisations* » et de ses conséquences, A. Mbengue, « Le fonctionnement dual des organisations », Revue Française de Gestion, juillet-août 1997, p.27.

[541] D. Ulrich, « Organiser l'entreprise autour de ses capacités » in *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial, 1998, p.143.

[542] H. Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation, novembre 1998, 2ème tirage 1999, p.299 (1ère édition en 1989).

citer « l'adhocratie mammouth », une adhocratie temporaire géante qui peut drainer plusieurs milliers d'experts pendant une période de plusieurs années pour réaliser un seul projet important »[543]. L'adhocratie implique l'autonomie des opérateurs et leur polyvalence. Sans ces deux postulats la structure perd de la souplesse qui la caractérise.

147. Quel est l'élément fondamental d'une société en participation ? C'est le projet qui la sous-tend. Il transcende l'organisation. Il est mis en œuvre grâce au contrat de société en participation. Il en est ainsi, par exemple, de la production d'un film. Les secteurs d'activité de l'adhocratie vont de l'industrie de pointe – médicaments, informatique, aéronautique…- à l'organisation culturelle. Ce qui les détermine, c'est le « *haut degré de qualifications des opérateurs*[544]. Certains projets nécessitent une véritable « *inter-discipline, conçue comme une intersection des disciplines et non comme une simple réunion des disciplines qu'évoquerait la pluridisciplinarité »*[545]. La confiance, base du monde des affaires, implique la nécessité de formaliser sur un plan juridique le partenariat mis en place. Or, le contrat de société en participation le permet. « *La confiance est un élément indispensable à toute décision de partage : partage des ressources, partage de pouvoir, partage d'influence »*[546]. L'état d'esprit est celui de l'article 1134 du Code civil, le contrat devenant la loi des parties, « *La confiance suppose un engagement réciproque, une solidarité qui permettra de dépasser les inconvénients de structures de fonctionnement et de contrôle trop rigides et donc d'assurer la flexibilité nécessaire au système de coopération mis en place »*[547]. La société en participation est un contrat privilégié pour ce type d'opérations. Dans les accords constituant une telle société, se retrouvent les exigences des alinéas 1 et 3 de l'article 1832 du Code civil : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter… Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».*

148. La force des sociétés en participation repose dans la structure à façon : selon le projet, les participants ont le choix entre une société apparente ou non révélée, peuvent coupler la durée

[543] H. Mintzberg, idem p.301, à propos du projet Manhattan.
[544] J. Nizet et F. Pichault, *Comprendre les organisations : Mintzberg à l'épreuve des faits*, Gaëtan Morin éditeur Europe, juin 1995.
[545] R. Le Duff, « Analyse de système », *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, Economica Editions G.Vermette inc., 1989, n°7, p.126.
[546] U. Mayrhoffer, P. Nanopoulos et S. Urban, « Rapprochements d'entreprises et cadre juridique : pour une Sarl européenne », publication du CESAG, Strasbourg, octobre 1997, p.3.
[547] Ibidem

de l'organisation sur celle prévisionnelle du projet… En respectant les quelques prescriptions impératives du Code civil, les participants peuvent fixer dans les statuts, à leur guise, les règles de vie de leur organisation. Dès lors, elle est particulièrement adaptée à la gestion de la production, largo sensu, et des risques. Le projet est donc couvert par l'apparence d'une société[548].

Nous étudierons dans ce chapitre l'objet et de la cause du contrat de société en participation.

149. L'objet du contrat correspond plutôt à l'opération juridique en elle-même[549] qui doit nécessairement respecter l'article 6 du Code civil[550]. Dès lors, l'objet du contrat porte sur l'existence même de la société en participation et l'objet social sur la cause du contrat qui elle-même doit être licite en application de l'article 1108 du Code civil[551]. En effet, la cause peut avoir deux significations[552] différentes : la cause efficiente[553] ou la cause finale. « *C'est dans sa deuxième acception, celle de la cause finale, que les articles 1108 et 1131 du Code civil entendent cette notion. Le mot cause vise alors non la source du contrat mais le but que les parties visent en le concluant, la raison qu'elles ont de le passer. En d'autres termes, alors que l'étude de l'objet du contrat répond à la question Quid debetur ? Qu'ont voulu les parties ? , celle de la cause répond à la question Cur debeture ? Pourquoi l'ont-elles voulu ? »*[554].

Nous étudierons la société en participation en tant que structure de gestion de la production, objet du contrat, et dans une deuxième section la gestion des risques, donc la cause déterminante de l'existence de la société en participation.

La société en participation est particulièrement ajustée à des opérations temporaires liées à la gestion de la production et à la gestion des risques, sachant que « *certaines organisations ne*

---

548 Pour le Centre des Jeunes Dirigeants d'entreprise (CJD), *L'entreprise au XXIème siècle*, Flammarion 1996 p.110, il est possible de parler de « *société de projet* ». Il préconise l'établissement d'un « *statut léger qui permettrait de réaliser des opérations qui ne s'inscrivent pas dans la durée et ne réunissent que des personnes directement intéressées, la société pouvant se dissoudre facilement avec l'achèvement du projet* ». Or le contrat de société en participation répond exactement à cette exigence .

549 Selon l'article 1126 du Code civil : « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.* ».

550 L'interdiction de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

551 Article 1108 du Code civil : « *quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation* ».

552 A savoir les théories de cause abstraite, le but immédiat et direct conduisant le débiteur à s'engager, c'est-à-dire la raison d'être du contrat développée par Jean Domat et reprise par Pothier, et de cause subjective, exposée en 1920 par Henri Capitant et prenant en compte son caractère légitime et honnête.

553 La formalité ou la remise de la chose donnant la vie au contrat.

554 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil- les obligations*, Droit Privé, Précis Dalloz 9ème édition, 2005 n°332, p.343.

sont rien de plus que des boites à contrats qui établissent des contrats avec des fournisseurs, des agents, des spécialistes de toutes sortes, sans avoir d'existence visible »[555]. Ces opérations temporaires sont en réalité la cause du contrat de société en participation. Nous envisagerons cette adéquation à la gestion de la production et à celle des risques pour des opérations ad-hoc, à savoir la cause impulsive déterminante et finale du contrat de société en participation, donc la raison de l'existence même de ce contrat.

Section 1 : L'adhocratie, l'objet contractuel ou la cause de l'existence des contrats

150 . A projet innovant, structure innovante, souple et adaptée au projet lui-même. En effet, « *aucune des configurations* » – entrepreneuriale ou divisionnalisée[556] – « *n'est capable d'innovations sophistiquées, du type de celles qu'il faut pour les organisations de recherche de technologies de pointe ou de compagnies cinématographiques produisant des films d'avant-garde ou d'usines fabriquant des prototypes complexes. L'organisation entrepreneuriale peut certainement innover, mais de façon relativement simple. Les organisations mécanistes et professionnelles sont conçues pour perfectionner des programmes standards et non pour résoudre de nouveaux types de problèmes. Et même, si la structure divisionnalisée permet de résoudre le problème de la rigidité stratégique, elle ne peut pas être envisagée comme une véritable structure innovatrice. Et cela surtout à cause du fait qu'elle est concentrée sur la standardisation des résultats, ce qui n'encourage pas l'innovation.*[557] »

Mais lorsque l'innovation devient compliquée ou « *sophistiquée, [elle] requiert une configuration très différente… »*[558]. Les participants à l'accord de participation vont apporter

---

[555] C. Handy, « Des lendemains inconnus » in *L'entreprise de demain*, La fondation Drucker, édition Village Mondial, 1998, p.234.

[556] H. Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation novembre 1998, 2ème tirage 1999, p.177 : il définit les organisations entrepreneuriales comme « *les organisations à structure simple, qui sont sous l'autorité ferme et personnelle de leur leader » ;* p.227, il démontre que l'organisation divisionnalisée est née des fusions d'entreprises qui ont conduit à la constitution de groupes qu'il a fallu structurer. « *Le conglomérat est bien évidemment l'aboutissement ultime de ce processus où l'entreprise ne se concentre pratiquement pas sur les relations existantes entre ses diverses activités mais uniquement sur leur aspect financier ».*

[557] H.Mintzberg, idem p.287.

[558] Ibidem

les intrants nécessaires à la réalisation du projet. Il en est ainsi des apports en capitaux pour des opérations temporaires, telles la coproduction d'un opéra. En réalité il s'agit plus d'une mise à disposition, voire en commun, des capitaux nécessaires pour l'opération en cause qu'un apport monétaire classique[559].

« …Une configuration qui est capable de fusionner des travaux d'experts appartenant à des disciplines diverses dans des groupes de projets constitués en fonction des besoins et travaillant sans à-coup »[560]. Cette réunion d'experts est particulièrement adaptée aux stratégies d'innovation et à la cotraitance. L'auteur cite comme exemple d'adhocratie particulièrement frappant le projet Manhattan, à savoir la conception et la construction de la bombe atomique durant la Seconde Guerre mondiale. On conçoit dès lors que les adhocraties n'ont rien d'une utopie : elles sont formatées pour des projets innovants, voire révolutionnaires.

Nous envisagerons successivement les sociétés de participation sous l'angle de la production des opérations temporaires, à savoir des apports temporaires en capitaux puis sous l'angle du nécessaire partage de compétences.

Sous-section 1 : « L'apport » temporaire en capitaux

151. L'adhocratie se retrouve par excellence dans les opérations temporaires. La production d'un spectacle vivant ou d'un film est emblématique de cette problématique[561]. Cette utilisation d'une société de courte durée n'est pas une spécificité française. Par exemple, le groupe rock des « Rolling Stones » a mis en place pour sa tournée une joint-venture[562]. Les professeurs Claude Champaud et Didier Danet ont ainsi présenté « *la société (ou association) en participation dont la simplicité de création, la rusticité de fonctionnement et le secret de*

---

[559] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767 : « *le législateur a d'ailleurs fait preuve de maladresse en précisant dans l'article 1872 du Code civil qu'à l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à disposition de la société, car aucune société n'existe. La mise à disposition concerne en réalité les autres associés* ».

[560] H.Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation, novembre 1998, 2ème tirage 1999, p.288.

[561] Voir par exemple un contrat type en annexe 4.

[562] Soirée spéciale « Les Stones », Théma, Arte, 14 juillet 2002 ; « *Officiellement, les Rolling Stones sont des amis de quarante ans. Mais, depuis près de vingt ans, ils ne se fréquentent vraiment que pendant quelques mois, tous les trois ou quatre ans…,* » Sylvain Siclier, *Le Monde*, 1er octobre 2002.

son existence apportent d'efficaces solutions aux aspirations sociétaires momentanées, limitées dans leur objet, parfois fautives dans leur finalité qui se présentent couramment dans les affaires… Le renouveau de la société en participation est indéniable… Société occulte par essence et momentanée par nature, elle sert souvent de cadre juridique au montage d'une pièce ou à la réalisation d'un film, par exemple » [563] .

152. Signalons que le contrat de compte à demi est assimilé par l'article L132-3 du Code de la propriété intellectuelle à une société en participation. « *Par un tel contrat, l'auteur ou ses ayants droits chargent un éditeur de fabriquer, à ses frais et en nombre, des exemplaires de l'œuvre, dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, et d'en assurer la publication et la diffusion, moyennant l'engagement réciproquement contracté de partager les bénéfices et les pertes d'exploitation, dans la proportion prévue »*[564].

§ I) La recherche du fonctionnement de l'entreprise

153. Nous étudierons donc les contrats liés à la coproduction. Cependant, l'adhocratie est aussi présente dans des entreprises plus traditionnelles, tels que les investissements et achats en commun, qui seront étudiées dans le cadre du second point.

1° La coproduction

154. Certaines œuvres littéraires[565], musicales[566], cinématographiques[567]… ont fait l'objet d'une constitution d'une société en participation. « *Nombreux furent les projets de*

---

[563] CA Versailles 4 novembre 1993, RTD Com, 1994, p.287.

[564] http://www.web-consulting.fr/editiondemiauteur.htm

[565] La société en participation se caractérise avant la réforme du 4 janvier 1978 par une obligatoire opacité. Elle est d'ailleurs, pour cette raison, dénommée « société anonyme », jusqu'au Code de commerce de 1807. François-René de Chateaubriand vend, en 1836, ses *Mémoires d'Outre-Tombe,* à une société anonyme pour deux cent mille francs et une pension viagère de vingt mille francs. Cet ouvrage ne doit paraître qu'après son décès, d'où son nom. Mais les associés de cette société anonyme, lassés d'attendre son décès commencent de son vivant à le publier dans le journal *La Presse*, selon le *Dictionnaire des Œuvres Laffont – Bompiani*, tome IV, Robert Laffont, collection Bouquins, 1984. Certains auteurs estiment que cette société anonyme est en fait une société en participation (Maurice Cozian et Alain Viandier, *Droit des Sociétés,* 11ème édition, LITEC, 1998, n°1).
François-René de Chateaubriand, *Les Mémoires d'Outre-Tombe*, préface écrite à Paris le 14 avril 1846, Editions Rencontre Lausanne, 1963, p.43 et 44 : « *le 4 septembre prochain, j'aurai atteint ma soixante-dix huitième année : il est bien temps que je quitte un monde qui me quitte et que je ne regrette pas… La triste nécessité qui m'a toujours tenu le pied à la gorge, m'a forcé de vendre mes* Mémoires*. Personne ne peut savoir ce que j'ai souffert d'avoir été obligé d'hypothéquer ma tombe ; mais je devais ce dernier sacrifice à mes serments et à*

collaboration de Victor Hugo et de Balzac, à la chronique de Paris entre 1835 et 1840, mais aussi au sein de la Société des gens de lettres, pour la rédaction d'un dictionnaire de langue française, suite à la proposition de Gozlan. En 1838, Balzac, confiant dans la fortune littéraire de Hugo, n'hésite pas à fonder une société de participation pour ses œuvres, et il lui dédie en 1842 ses Illusions Perdues *»*[568].

Notons que la diffusion des œuvres cinématographiques bénéficiait[569] d'une réglementation d'exception en droit de la concurrence : « *toute entente entre entreprises de spectacles cinématographiques destinée à assurer la programmation des œuvres cinématographiques en salle est soumise à agrément préalable délivré par le directeur du Centre National de la Cinématographie »*[570].

155. Juridiquement, le contrat de coproduction est analysé par la jurisprudence comme une société en participation. Elle implique la conformité de l'organisation créée aux dispositions de l'article 1832 du Code civil : des apports, ou plutôt la mise à disposition des éléments nécessaires à la société en participation - en numéraires, biens ou industrie -, le partage des bénéfices et des pertes et l'existence de l'affectio societatis. Ces conditions permettent de faire la différence entre un contrat de société en participation et un contrat de travail[571].

---

l'unité de ma conduite. Par un attachement peut-être pusillanime, je regardais ces Mémoires *comme des confidents dont je ne m'aurais pas voulu séparer ; mon dessein était de les laisser à madame de Chateaubriand ; elle les eût fait connaître à sa volonté, ou les aurait supprimés, ce que je désirerais plus que jamais aujourd'hui. Ah ! si, avant de quitter la terre, j'avais pu trouver quelqu'un d'assez riche, d'assez confiant pour racheter les actions de la Société, et n'étant pas, comme cette Société, dans la nécessité de mettre l'ouvrage sous presse sitôt que tintera mon glas ! Quelques-uns des actionnaires sont mes amis ; plusieurs sont des personnes obligeantes qui ont cherché à m'être utiles ; mais enfin les actions se seront peut-être vendues ; elles auront été vendues à des tiers que je connais pas et dont les affaires de famille doivent passer en première ligne ; à ceux-ci, il est naturel que mes jours, en se prolongeant, deviennent encore maître de ces* Mémoires, *ou je les garderais en manuscrit ou j'en retarderais l'apparition de cinquante années…* ».

Soit Chateaubriand utilise l'ancienne terminologie des sociétés en participation, soit il envisage déjà la structure de notre société anonyme.

[566] TGI Paris 22 mars 2006 ct0087 à propos de l'artiste GOGOL1er ; TGI Paris 23 février 2006 ct0087 à propos du spectacle « Zapping – Revue musicale déjantée ».

[567] CA Paris 9 mars 2006 ct0090 ; Cass Com 29 janvier 2008 n° de pourvoi 06-15698.

[568] http://www.adpf.asso.fr/adpf-publi/folio/hugo_contemporain/01/html . Il s'agit de l'un des sites associés à celui du ministère des affaires étrangères.

[569] Cette exception a été abrogée par l'ordonnance n°2009-901 du 24 juillet 2009 dans son article 9.

[570] Article 90 loi 29 juillet 1982 ; les œuvres cinématographies bénéficient aussi d'un régime spécifique de « territorialisation » des aides en vertu duquel « *chaque Etat membres de l'Union Européenne peut imposer à un producteur, de dépenser sur son territoire jusqu'à 80 % du budget d'un film, quelle que soit la part des aides dans le financement total de l'œuvre. La France impose le seuil maximal autorisé de 80 %, afin d'éviter des délocalisations massives vers les pays où la main d'œuvre et les prestations de services coûtent moins cher, comme les nouveaux entrants* », selon K. De Meyer, « La Commission européenne proroge jusqu'en 2009 le régime des aides au cinéma », *Les Echos*, 11 juin 2007.

[571] CA Paris 1er février 1995, D1996 sommaire 70, note T. Hassler à propos de la clause dite de participation ; cette clause est « *habituellement utilisée pour organiser le paiement de la part de la rémunération des artistes*

Pour « intensifier » et « solidifier » la confiance mutuelle qui sous-tend la société, « *en tout état de cause, et particulièrement pour le secteur associatif subventionné, il est nécessaire d'encadrer le contrat de société en participation d'une certaine solennité. L'engagement dépassant une simple prestation de service, il apparaît utile que la signature du contrat soit conforme à une délibération statutaire (conseil d'administration/assemblée générale)* »[572]. De façon générale, le contrat de participation doit encadrer les droits et obligations de chacun des participants ; ces derniers doivent se garder de dépasser ce cadre juridique[573].

Les « apports », ou plus exactement les éléments affectés en vue de la participation, sont effectués le plus souvent sous forme de numéraire, mais aussi en nature, telles que la jouissance d'une salle de spectacle ou la mise à disposition du matériel et enfin en industrie. Par exemple, pour le spectacle « *Zizi chante Gainsbourg* », « *une société en participation avait été constituée entre plusieurs sociétés pour la production d'une représentation. L'une apportait le spectacle clé en main, la rémunération de la troupe, les décors, costumes et tapis de danse ; une autre s'engageait à titre d'apport, à régler tous les frais d'exploitation conformément au budget établi par les parties ; la troisième apportait l'assistance commerciale pour en assurer la promotion. Il faut préciser que le contrat de société prévoyait que le gérant agissait en son nom sans révéler l'existence de la société, ni le nom de ses associés* »[574]. On peut constater que le chef de file est la plupart du temps une personne morale disposant de la capacité juridique pour accomplir les actes nécessaires au fonctionnement de la société en participation. « *Dans le cadre du spectacle vivant, le gérant*

---

interprètes (salariale ou non) calculée sur les droits d'exploitation ». Dans cette affaire, les juges du fond ont recherché l'existence du lien de subordination. « *La clause dite en participation n'est qu'une rémunération conditionnée par la survenance des recettes : en aucune façon les salariés n'ont à subir les pertes éventuelles de la production… Un salaire minimal égal au SMIC aurait dû être stipulé, ce salaire devant être payé en l'absence de recettes* ». Voir aussi Cass Soc 31 octobre 1991, D 1992 jurisprudence 490, note X. Daverat : « *la présomption d'activité salariée de l'artiste ne peut être combattue que si la preuve est rapportée que celui-ci effectue sa prestation dans des conditions impliquant son inscription au RCS* ». P. Chesnais, « Les lois du 26 décembre 1969 relatives aux artistes et aux mannequins », JCP 1979.I.2315 n°11, à propos de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 31 octobre 1991 : « *le premier élément, déterminant, est la stipulation d'une participation aux bénéfices et aux pertes… Le second tient évidemment à la manifestation de la volonté de se comporter en co-entrepreneur de spectacles…* »

572 J.-L. Patheiron, « Enjeux juridiques et fiscaux de l'engagement de coproduction », Pratiques et usages des contrats dans le spectacle vivant, journées d'information juridique organisées par les centres de ressources du spectacle vivant, Théâtre du Vieux Colombier, 10 février 2003, http://www.horslesmurs.asso.fr/vie/s/contrat_atelier1.htm.

573 T. Hassler, note sous Civ 1ère 4 juillet 1995, D1996 sommaire 75 : « *le contrat de coproduction donnait à FR3 le droit de diffuser l'œuvre mais nullement le droit d'exploiter l'œuvre en vendant les droits de diffusion à d'autres réseaux ; l'INA n'avait donc pas pu acquérir les droits de diffusion que FR3 ne possédait pas* ».

574 J.-J. Daigre note sous CA Paris 11 février 2000, Joly, 2000, p.567, Sté Roland Petit Production c/Sté Pierre Julien Productions et autres.

devra par ailleurs disposer de la licence d'entrepreneur de spectacles »[575]. Le chef de file est appelé *« producteur délégué »*[576]. Ce qui caractérise ces « apports », c'est leur caractère obligatoire de mise à disposition, en raison de l'absence de patrimoine social. Dès lors, aucune évaluation n'est requise, si ce n'est celle des parties elles-mêmes dans le contrat statutaire. Il apparaît alors que le terme d'apport est inapproprié, car il sous-tend l'existence même d'un capital, inexistant dans une société en participation, voire d'une dépossession juridique, impossible à réaliser pour une société sans personnalité morale. Il serait plus logique de considérer qu'ils représentent une mise à disposition temporaire de ce qui est nécessaire au fonctionnement du contrat, en numéraire, en nature, voire en industrie, en vue de la réussite de l'opération envisagée, dans le cadre parfois d'une indivision organisée.

L'affectio societatis repose sur un très fort sentiment d'intuitus personae : les associés se choisissent pour mettre en place la coproduction. Mais que recherchent-ils, si ce n'est la réussite d'une opération ponctuelle, d'un contrat ad-hoc ? Dès lors, se pose l'habituelle problématique du contour et de la qualification de l'affectio societatis.

Quant à la participation aux bénéfices et aux pertes[577], en principe proportionnelle[578] à la part de chacun des participants dans la société, elle n'est pas sans poser quelques interrogations. En effet, on peut constater l'existence, dans certains contrats français de société en participation, de sleeping-partners. « *Désireux de limiter sa responsabilité à la hauteur des fonds qu'il engage, le financier ne tient ni à endosser la responsabilité solidaire des sociétés de personnes, ni à subir la pression des banques et/ou des autres créanciers qui subordonneraient inévitablement leurs concours à son cautionnement… La société en participation ne serait-elle devenue qu'une variété de société en commandite simple ? »*[579]. La réponse à cette problématique repose dans l'analyse de l'article 1872 –1 du Code civil : « *chaque associé d'une société en participation contracte en son nom personnel et est seul*

---

575 O. Delsalle, « le contrat de coproduction », http://194.250.166.236/TISSANIEJL/1acte/Ctcoprod.htm, controleurssaf.

576 C. Bouchenard, « la coproduction audiovisuelle », www.ddg.fr.

577 Voir par exemple CA Paris 17 mai 1991, Joly, 1991, n°298, p.830 à propos d'un accord de coproduction de deux opéras de Mozart, note X. Daverat - les parties avaient prévu dans les statuts de la société en participation un partage égalitaire des bénéfices et des pertes - : « *la société en participation revêt une forme souple, propice aux différentes collaborations dans le domaine du spectacle, qu'il s'agisse de la production cinématographique ou du show-bizz* ».

578 Cette proportionnalité est héritée de la civilisation grecque. R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1999, n°28, p.26 : « *La société (ou « koinon ») se développant comme forme de droit commercial, le législateur dut intervenir. On connaît une loi de Solon sur les sociétés (Athènes, VIème siècle avant J.C.) où l'écrit n'est pas considéré comme nécessaire mais où est mentionnée l'obligation de libérer les apports. Surtout les Grecs posèrent les premiers le principe (que les Babyloniens n'avaient pas entrevu) que chaque associé doit participer aux bénéfices et aux pertes, proportionnellement à sa part dans la société. Désormais la répartition se fera en proportion des apports et non plus par tête ou par égalité absolue* ».

579 C. Champaud et D. Danet, note sous CA Versailles 4 novembre 1993, RTD Com, 1994, p.287.

engagé à l'égard des tiers. Il n'en est autrement que si les participants ont agi en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux étant alors tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres »[580]. L'intérêt pour le sleeping-partner d'une société en participation par rapport à une société en commandite repose sur la discrétion quasiment assurée par la première, ce qui n'est pas sans soulever un certain nombre de problèmes. « *Si l'on admet que le contrat de production constitue une société créée de fait soumise au régime de la société en participation, la publication du contrat au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel confère-t-elle le caractère ostensible de l'article 1872-1 alinéa 2 du Code civil ? C'est un débat ancien qui revient périodiquement alimenter la jurisprudence lorsqu'une personne impayée ayant contracté avec le producteur délégué réclame aux autres partenaires du contrat de production paiement de ses prestations sur le fondement de la solidarité applicable aux membres d'une société en participation à objet commercial »*[581]. Débat d'autant plus fréquent que dans le « *milieu du spectacle vivant, les associés font état de leur qualité de coproducteur en étant présents sur l'affiche pour des raisons publicitaires évidentes et compréhensibles »*[582]. Mais pour qu'il y ait contrat de société en participation, encore faut-il que les participants aient prévu la répartion des bénéfices ou des pertes[583].

2° Les investissements et les achats en commun

156. Investissements et achats en commun posent deux problèmes : l'objet de la négociation et le financement de cette négociation. Certains des accords en participation réalisés pour ces opérations permettent aux participants d'atteindre et de dépasser la masse critique nécessaire pour peser réellement sur un marché. Celle-ci, appelée aussi taille critique, est la dimension minimale requise pour se maintenir sur le marché sans supporter trop de handicap par rapport à la concurrence. Dans bien des secteurs, les caractéristiques économiques du marché et les techniques deviennent des éléments d'incapacité pour les petites entreprises. L'association d'entreprises leur permet d'atteindre sans délai cette masse critique dans des domaines où les

[580] CA Versailles 4 novembre 1993, idem.
[581] T. Hassler note sous CA Versailles 4 novembre 1993, D 1994 sommaire 277.
[582] O. Delsalle, « le contrat de coproduction », http://194.250.166.236/TISSANIEJL/1acte/Ctcoprod.htm, controleurssaf.
[583] Cass Com 29 janvier 2008 n° de pourvoi 06-15698 à propos de la coproduction d'un spectacle pour laquelle les juges du fond avaient constaté un comportement démontrant une volonté certaine de collaborer de façon active et intéressée. Mais il n'y avait pas de volonté de partager les pertes.

seuils de dimension jouent un rôle fondamental, tels que l'efficacité de la recherche, la surface financière, les économies liées aux approvisionnements….

157. Achats ou investissements effectués en commun, cas classiques des alliances entre entreprises de même secteur[584], peuvent être l'objet du contrat de participation. Il s'agit d'une jurisprudence déjà fort ancienne, préalable bien souvent à l'existence des GIE. C'est ainsi que l'on retrouve les achats d'approvisionnement en commun[585], le commerce de pierres précieuses[586]… « *Le prix élevé de la marchandise oblige souvent les joailliers à s'associer pour diviser les risques »*[587]. Cette remarque peut être commune à tout type de matières premières ou marchandises de valeur. L'achat en gros permet de diviser le coût du produit, mais aussi d'obtenir de plus fortes remises et ristournes.

158. Quant à l'investissement en commun, il permet de partager les coûts lourds d'acquisition ou de maintenance dudit investissement. Ainsi en est-il de la gestion commune d'un ensemble immobilier à vocation touristique[588]… L'association d'entreprises permet alors de réaliser des économies d'échelle, liées à l'étalement des coûts fixes, par le biais des dotations aux amortissements. La société en participation est particulièrement usitée dans le secteur des hydrocarbures ou de l'uranium[589]. « *Dans le secteur des hydrocarbures, il est habituel que des compagnies pétrolières constituent des sociétés en participation, soit en vue de procéder à des recherches géologiques en commun, soit en vue de constituer une ou plusieurs unités de stockage et de raffinage, à l'aide, dans ce dernier cas, du support patrimonial complémentaire d'une indivision foncière et immobilière »*[590].

---

[584] Voir pour l'état d'esprit le dossier de *L'Usine Nouvelle*, « Quand les concurrents prétendent acheter en commun », 16 mars 2000 , n°2725, p.28 : « *de grandes alliances se nouent autour des plates-formes d'achat…* ».
[585] CA Dijon 11 février 1874 DP 1875 .2. p.55 suivis en l'occurrence de revente en commun. Ces contrats peuvent être prévus pour des séries d'opérations commerciales : CA Rennes 28 janvier 1856, D 1856 .2.182, CA Paris 27 janvier 1876, D 1879 .2.10, CA Douai 28 juillet 1906, D1908.5.13 ou CA Mixte Saigon 15 janvier 1954, Gaz. Pal., I p.192 : « *peut être constituée pour une affaire déterminée ou une série d'affaires préludant à la formation d'une société commerciale*».
[586] CA Paris 23 mars 1935, Gaz Pal 1935 . 1 p.774.
[587] J. Derruppe, Jurisclasseur, 1995, fasc 44-10 à 44-40.
[588] Cass Com 14 mai 2008 n° de pourvoi 06-20631et 06-20833.
[589] Voir par exemple deux sociétés en participation canadiennes créées pour « *l'exploitation de gisements à forte teneur en uranium* qui *exige l'utilisation de méthodes innovatrices et d'une technologie de pointe* ».
http://www.nrcan.gc.ca/mms/cmy/2001revu/ura_f.htm : « *les installations Key Lake et McArthur River qui appartiennent à une société en participation et l'installation McClean Lake qui appartient elle aussi à une société en participation*».
[590] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, 1994, p.5, n°16.

Deux sociétés en participation, dont l'objet du contrat de société en participation concerne des investissements en commun, présentent des particularismes : le pool d'investissement et le pool d'actionnaires.

a) Les pools d'investissement

159. L'un des mécanismes originaux de la société en participation repose en effet sur la notion de pools d'investissement, dans le cadre de sociétés spécifiques, telle la « *Société pour la Location et l'Exportation de Matériels Industriels* »[591]. Il s'agit de « *sociétés en participation qui ont pour objet la mise en commun des revenus procurés par la location de biens mobiliers. Ces biens demeurent la propriété des coparticipants, loués le plus souvent à des entreprises utilisatrices. Le produit de la location est réparti (après déduction) aux adhérents* ». Ils concernent pour l'essentiel des wagons, bâtiments, chantiers, bétail[592]…Ces pools permettent aux participants de répartir entre eux le risque commercial de l'opération, lié notamment à la longue durée d'amortissement des biens achetés, tout en leur assurant un prix accessible pour les investissements qui sont l'objet de la location. Lien entre les différents participants, « *l'animateur et gérant assure l'exploitation sous forme de pool permettant ainsi une répartition globale du risque commercial sur l'ensemble du ou des programmes d'investissement* ». A lui, notamment, d'assurer les biens acquis. C'est un investissement direct effectué par des particuliers, « *dans des entreprises par l'intermédiaire du « renting »* devant *être canalisé, orienté. Il ne s'agit pas de souscrire à une augmentation de capital, d'acheter des actions ou des obligations, mais de prendre un risque industriel beaucoup plus sensible* »[593]. On peut se demander dès lors qu'elle est la réalité et l'intensité de l'affectio societatis entre des participants qui ne font que rentabiliser leur épargne privée.

---

[591] Cass Com 23 octobre 1984, Joly, 1984, n°452, p.1211 : société créée pour « *l'exploitation d'un certain nombre de wagons dont la location fut ensuite accordée* » à une autre société.

[592] CA Paris 25 avril 2000, Joly Bourse, 2000, p.449, note T. Garnier : « *une société avait initié un système d'investissement permettant à des investisseurs de se rendre propriétaires de bétail, ceux-ci conférant à ladite société un mandat de gestion prévoyant que les animaux seraient donnés à bail à des éleveurs. Après diverses modifications, le système d'investissement fut organisé autour d'une société qui assurait la gestion des animaux confiée par les propriétaires à une société en participation, tandis que la première société assurait les prestations techniques découlant du bail* ». Par la suite, la COB, sans réelle motivation, avait refusé à la société sa demande d'enregistrement d'un projet de document d'information en vue d'être autorisée à faire appel public à l'épargne.

[593] P. Houard, « Les pools d'investissements ; moyen moderne de mobilisation de l'épargne privée », Revue des Sociétés, 1970, p.81.

b) Les pools d'actionnaires

160. La société en participation peut être conclue pour la gestion de titres financiers[594]. Certaines sont particulièrement médiatiques eu égard les sociétés concernées : Canal Plus[595], Bouygues[596], Danone[597], Fleury-Michon[598], Dock de France[599], Publicis Groupe[600]. « *Le plus*

---

[594] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés 1994, p.5, n°16 : « *instrument de coopération entre les actionnaires composant un noyau dur, la SEP peut servir de support juridique à un pacte d'actionnaires, en particulier à une convention de vote, du moins lorsque celle-ci n'est pas prohibée. Une excellente illustration en est donnée par le pacte d'actionnaires conclu entre la Générale des Eaux et le Groupe Havas. Selon les termes de leur accord, une SEP a été constituée afin de réunir les actions détenues par Havas (23,5%) et la Générale des Eaux (20,1%) dans le capital de la société Canal Plus* ».
La société Havas et la Compagnie Générale des Eaux ont conclu cette société en participation en février 1994, en vue d'assurer la gestion en commun de leur participation dans le groupe Canal Plus, soit 43.6 % du capital et des droits de vote, par le biais « d'apports » en jouissance. Chaque associé s'oblige à exercer, céder ou laisser expirer ses droits qu'après avoir informé l'autre participant.
Cass Com 4 mars 2008 n° de pourvoi 06-16427 : « *les associés qui s'étaient engagés à souscrire une augmentation de capital de la société DCM, dénommée ultérieurement RSU Industrie et à effectuer un apport en compte courant, ont créé à cette fin une société en participation, la société IRIS* » .
Cass Com 17 novembre 2009, Joly, 2009, n°71, note P. Mousseron : *« en application d'accords conclu à partir de 1996, Messieurs X et Y constituent en 1999 une société en participation ayant pour objet le partage des fruits et des charges afférentes à des titres de la société MI29. En 2002, Monsieur X cède à Monsieur Y des actions de cette société MI29 pour un euro. A la suite d'une fructueuse restructuration des dettes financières de la société MI29, les actions de MI29 sont revendues à 43 millions d'euros en 2005 puis 70 millions d'euros en 2006. Monsieur X et la société MI29 agissent alors en annulation de la vente de 2002 contre le cessionnaire et les ayants-droit successifs de cette participation en arguant de la vileté du prix. Validant l'analyse de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation juge «* que l'économie générale de la transaction trouvait sa cause dans les accords conclus entre les parties en 1996 rappelés dans le préambule de la société en participation de sorte que la cession était causée par une contrepartie réelle *»... »*.

[595] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés , 1994, p.5, n°16.

[596] Conseil des Marchés Financiers, décision n°197C0737, du 19 décembre 1997. Le 15 décembre 1997, après l'entrée de Vincent Bolloré dans le groupe Bouygues, à hauteur de 10 %, une société en participation liait jusqu'au 25 novembre 1998, Vincent Bolloré à Martin Bouygues, au sein du groupe Bouygues. Le contrat prévoit la mise à disposition par chacun des associés de la totalité des actions Bouygues dont il est propriétaire et un engagement de concertation entre eux avant tout vote en Assemblée Générale et toute augmentation du capital, tout en conservant une liberté de vote.

[597] Conseil des Marchés Financiers, décision n°200C0202, du 23 février 1998. La société en participation est constituée en février 1996 aux fins d'assurer une unité de gestion et d'administration des droits attachés aux actions et obligations convertibles Danone. Les droits sont « apportés » en jouissance, chacun des partenaires de la société en participation conservant la propriété des titres. Mais ils s'obligent à exercer, céder ou laisser expirer leurs droits qu'après s'être informés réciproquement.

[598] Conseil des Marchés Financiers, décision n°197C0737, du 7 février 2000 : la famille Gonnord et la famille Chartier « *se sont associées au sein d'une société en participation, pour assurer la mise en œuvre de l'engagement d'inaliénabilité et du droit de préemption réciproque existant au sein du groupe familial* ». Puis, Conseil des Marchés Financiers, décision n°203C0807, du 27 août 2003 : « *les parties ont informé le CMF de leur décision de ne pas renouveler le pacte à la survenue de son échéance, tout en confirmant l'existence de la SEP* ».

[599] Avis SBF - Société des Bourses Françaises -, n°94-3545, du 1er décembre 1994 : certains actionnaires de Docks de France se sont regroupés en décembre 1994 et représentent 11,43 % du capital et 17 % des droits de vote, en prévoyant un principe d'inaliénabilité des actions « apportées » à la société en participation et un droit mutuel de préemption en vigueur pendant cinq ans. Trois « gérants » associés doivent accomplir les actes liés aux droits mis en commun, dont le droit de vote, et sont soumis à un Conseil de surveillance.

[600] Autorité des marchés financiers, information, n°204CI206, du 11 octobre 2004 à propos des déclarations de franchissement de seuil et d'intention.

souvent, il s'agissait de faire apport de la seule jouissance et l'exercice des droits de vote attachés aux actions »[601]. Quelquefois, elle prend la terminologie de pool d'actionnaires[602]. On peut se retrouver dès lors dans un mécanisme de pacte d'actionnaires[603], pour qui la société en participation se révèle par sa structuration un instrument particulièrement efficace, notamment dans le cadre de sociétés cotées en bourse[604], par l'entremise d'une convention de portage[605]. Ce dernier contrat, émanant de la pratique et mettant en œuvre des techniques civilistes[606], est une « *convention par laquelle le porteur accepte sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine »*[607]. Le portage peut faciliter des prises de participations, y compris dans des sociétés cotées en bourse. En aucun cas il ne doit constituer un moyen pour fixer une répartition des bénéfices et des pertes, et ainsi, pour un associé de se prémunir des déficits[608]. La société en participation permet, quant à elle, de créer un portage organisé et au profit de plusieurs participants. Dès lors, « *dans l'hypothèse où les actionnaires répugnent au choix de l'indivision, deux situations s'ouvrent à eux : ou bien ils seront réputés être restés propriétaires de leurs biens à l'égard des tiers, ce qui retire une partie de son*

---

[601] J. Prieur, « Introduction » au dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.3.

[602] CE 1[er] octobre 1993 n° de pourvoi 54661 : le requérant avait pris le nom de « *pool des actionnaires de Bormes Les Mimosas* ».

[603] Soit une convention, très souvent occulte, signée par tout ou partie des actionnaires visant à établir des règles relatives à une société ou aux actionnaires. Il ne doit pas servir à contourner des dispositions impératives.

[604] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000.

[605] F. Peltier, C. Regnault-Moutier et A. Couret, « L'apport d'actions à une société en participation », Droit des Sociétés, Actes Pratiques, 1994, n°18 p.3 : « *la société en participation permet encore de dissimuler l'influence réelle des divers actionnaires dans la mesure où la participation étant occultée, le gérant de la participation peut être, en fait, un actionnaire très minoritaire : on sait qu'on grand nombre de conventions de portage se réalisent par le jeu d'une société en participation* ».

[606] A. Despinoy, *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières,* mémoire de DEA de droit des contrats, option droit des affaires, Lille II, 2001, p.71.

[607] D. Schmidt, « Les opérations de portage de titres de sociétés » in *Les opérations fiduciaires ; colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984,* Feduci LGDJ, 1985, p.30.

La convention de portage « *consiste à acquérir des parts pour le compte d'un tiers, à qui on promet de les rétrocéder au bout d'un délai généralement bref »,* selon Yves Guyon, *Droit des Affaires – droit commercial général et sociétés,* tome 1, 8[ème] édition, 1994, n°257, p.254.

Les juges du fond avaient dès 1983 admis la validité d'une convention de portage (CA Paris 9 juin 1984, D 1984 IR 81) ; la Cour de cassation (chambre commerciale) l'a confirmée en 1994 (Cass Com 24 mai 1994, Joly 1994 p.797), bien que la chambre civile soit plus hésitante (Cass Civ 1[ère] 29 octobre 1990, Joly 1990 p.1053).

Le portage met en œuvre « *trois conventions. La première permet au porteur de devenir titulaire des actions, la seconde va organiser le retour des titres dans le patrimoine du bénéficiaire ou du donneur d'ordre, la troisième organisera les obligations du porteur en cours de portage »*. Il est utile de prévoir dans le cadre du contrat de portage une convention d'inaliénabilité pendant la durée dudit portage et qu'elle soit préalablement publiée afin de la rendre opposable aux tiers, selon A. Despinoy, *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières,* mémoire de DEA de droit des contrats, option droit des affaires, Lille II, 2001, p.72 et 73.

[608] Cass Civ 3[ème] 9 avril 1970, D 1970 J.726 et S. Danino Sultan, « La convention de portage », http://www.glose.org/Art_portage.htm.

intérêt à la mise en commun de titres ; ou bien, alors, ils vont décider que le gérant sera réputé à l'égard des tiers, être propriétaire de tous les biens »[609].

161. Les titres vont donc être « apportés » en jouissance, de manière temporaire, au profit du chef de file, en l'absence de personnalité morale de la société en participation[610]. Dès lors, il s'agit d'une mise à disposition de ses titres[611]. Néanmoins, si des titres sont portés à l'actif du bilan fiscal d'une société en participation, « *leur cession relève des règles des plus-values des entreprises et non des règles des plus-values mobilières des particuliers »*[612].

Il faut remarquer que « l'apport » de titres cotés en bourse implique pour la société en participation le respect des règles légales[613], notamment boursières[614] . Pour ces raisons, il en

[609] F. Peltier, C. Regnault-Moutier et A. Couret, « L'apport d'actions à une société en participation », Droit des Sociétés, Actes Pratiques, 1994, n°18 p.3.

[610] Si classiquement, « *le porteur acquiert la propriété des actions et de le droit d'exercer toutes les prérogatives aussi bien politiques que pécuniaires attachées à cette qualité », selon* A. Despinoy, *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières,* mémoire de DEA de droit des contrats, option droit des affaires, Lille II, 2001, p.72), les caractéristiques intrinsèques de la société en participation suppose un « apport » uniquement en jouissance. D'autre part, si la société est non révélée, le chef de file n'aura que l'apparence d'en être propriétaire aux yeux des tiers.

[611] N. Decoopman, « La notion de mise à disposition », RTD Civ, 1981, p.300 : « *les apports constituent un élément essentiel de la société en participation comme dans les autres types de société… il résulte que la mise à disposition des biens opère réalisation des apports, apports en jouissance uniquement puisque l'associé garde la propriété de ses biens, sauf mise en indivision, ce qui découle de l'absence de personnalité morale de la société (article 1871 alinéa 1er) : faute d'être en présence d'un sujet de droit, aucun transfert de droits n'est envisageable, seule une opération matérielle peut être effectuée ».*

[612] CAA Bordeaux n°98BX01953 17 octobre 2002, Droit Fiscal, 2003, n°178 et F. Deboissy, Chronique « Régime Fiscal des Affaires », RTD Com, 2003, p.839.

[613] CA Paris 26 février 1999, Joly, 1999, p.695, note J.-J. Daigre : dans une affaire quelque peu nébuleuse, « *une société de capital-risque avait constitué une société en participation avec un partenaire pour souscrire aux obligations convertibles émises par une entreprise (à vrai dire, trois SEP avaient été constituées à l'identique avec un partenaire chaque fois différent). La raison en était fiscale : faire « porter » les obligations convertibles par au moins deux personnes, de sorte que la société de capital-risque ne dépasse pas à elle seule un certain seuil qui lui aurait fait perdre un avantage fiscal. Sans doute s'agit-il du seuil de 25 % visé par l'article premier du décret n°85-1102 du 9 octobre 1985 : une société de capital-risque ne peut employer en titres d'une même société plus de 25 % de sa situation comptable, sauf à perdre le bénéfice du régime fiscal de faveur.* Selon la Cour d'Appel, *au terme de ces sociétés, la société de capital-risque prétendait conserver la propriété des obligations et le bénéfice de la prime de non-conversion en actions.* » Il en est de même de tout contrat ayant pour but de mettre en œuvre une simulation frauduleuse ou de contourner une interdiction de gérer ou celle des pactes commissoires visés à l'article 2078 du Code civil. « *La convention de portage peut se voir requalifier en contrat pignoratif lorsqu'elle a pour finalité de procurer à l'une des parties des fonds tout en conférant au cocontractant la garantie que constitue le transfert de propriété des titres,* selon A.Despinoy, *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières »*, mémoire de DEA de droit des contrats, option droit des affaires, Lille II, 2001, p.75.

[614] Conseil des Marchés Financiers, décision n°198C0200, du 23 février 1998: déclaration de franchissement de seuil (article 356-1 de la loi du 24 juillet 1966) dans le cadre d'une convention de gestion et d'administration des titres : *« il est rappelé que les Sociétés Financières et Industrielles Gaz et Eaux, Eurafrance, Sopageco, La France Vie et la France IARD, La France SA, La France Participation et Gestion, actionnaires et/ou porteurs d'obligations convertibles de la Société Danone ont conclu une convention de société en participation en vue de faire assurer par cette société une unité de gestion et d'administration des droits attachés à ces titres… Chaque associé conserve la propriété des titres Danone ainsi affectés, ainsi que sa liberté de décision en ce qui concerne l'exercice des droits patrimoniaux attachés à ces titres sous réserve des conventions en vigueur. Les droits de vote attachés aux titres dont la jouissance est mise à la disposition de la société sont exercés par l'un des deux*

résulte qu'elle ne devrait pas être non révélée[615] ; mais, même ostensible, elle conserve une relative confidentialité[616]. Le professeur Jean Prieur estime que la raison du caractère ostensible repose aussi sur l'indivision des titres[617].

162. Certains auteurs[618] estiment que la société en participation peut être une forme juridique particulièrement adaptée aux sociétés mères de type holding. Cette opinion est séduisante en

---

gérants après concertation entre eux ». Cette décision aurait été identique pour toute convention d'actionnaires similaire portant sur des titres de société cotée.

Voir aussi Conseil des Marchés Financiers, décision n°197C0737, du 19 décembre 1997 : transmission d'un pacte entre actionnaires, déclaration de franchissement de seuils et déclaration d'intention : « *par cette convention, les parties sont convenues de constituer en commun une société en participation suivant les principes résumés ci-après : la SCDM et le Groupe Vincent BOLLORE qui détiennent des participations dans la société BOUYGUES s'engagent à constituer une société en participation*.

Chacun des associés transférera à cette société la jouissance de la totalité des actions BOUYGUES dont il est propriétaire. La propriété des actions ainsi que leurs revenus ne seront pas transférés à la société. Toute augmentation de participation de SCDM ou du Groupe Vincent BOLLORE dans la société BOUYGUES ne pourra se faire qu'après accord préalable des associés. Après examen, le Conseil des Marchés Financiers a considéré que cette convention qui contient notamment un engagement de concertation des parties avant toute augmentation de participation et avant tout vote en assemblée générale était constitutive entre lesdites parties d'une action de concert ».

[615] En ce sens, F. Peltier, C. Regnault-Moutier et A.Couret, « L'apport d'actions à une société en participation », Droit des Sociétés, Actes Pratiques, 1994, n°18, p.13.

En ce sens, voir aussi J. Caye, « La SEP et le droit boursier » dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.18 : « *l'article 5, alinéa 2 du règlement COB 2002-04 imposera la notification de l'existence de la SEP et de la convention d'indivision en cas d'offre publique. En effet, toute convention susceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation de l'offre publique ou sur son issue doit être portée à la connaissance des sociétés concernés, de l'AMF et du public ».*

[616] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.55 : « *dans le cas de la consolidation d'un pacte d'actionnaires par le recours à une société en participation, l'intérêt d'avoir choisi une forme sociale non dotée de la personnalité morale réside dans les multiples possibilités offertes aux associés. En effet, si les partenaires font le choix de la confidentialité de la convention en société en participation qui les lient, celle-ci demeurant complètement occulte, aucun participant n'est connu des tiers en tant que tel, chacun agissant en son nom personnel. La société en participation n'entraîne dès lors aucun dessaisissement des associés quant à leurs prérogatives d'actionnaires de la société cible. Il nous semble que ce type de société en participation, complètement occulte, ne présente pas d'intérêt significatif pour les partenaires au regard de leurs objectifs, si ce n'est celui de leur offrir une simple structure de concertation avant de prendre des décisions concernant la société cible. La seconde possibilité qui est offerte aux partenaires est celle d'une société en participation ostensible, tous les participants se révélant spontanément et systématiquement à tous les tiers, par exemple par la publication de la constitution de la société en participation et de ses principales clauses statutaires dans un journal d'annonces légales ou, lorsque les statuts prévoient des conditions préférentielles de cession ou d'acquisitions d'actions d'une société cotée, par transmission obligatoire de la convention au Conseil des Marchés Financiers, qui se charge par la suite d'en assurer la publication de la substance à l'égard des tiers. Une troisième possibilité est celle d'une société en participation semi-occulte, les associés se révélant spontanément à certains tiers seulement, par exemple à la société cible du pacte d'actionnaires qui les lie, étant entendu que les statuts ne contiennent pas, cette fois, de conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions d'une société cotée. Dans cette hypothèse, la convention de société en participation ayant été signifiée à la société cible, celle-ci doit prendre en compte certaines spécificités telles que, par exemple, l'apport en jouissance de titres par certains de ses actionnaires, associés de la société en participation, à la société en participation elle-même, et les faire figurer sur ses registres ».*

[617] J .Prieur, « Le régime juridique et fiscal » dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.4 : « *cette société en participation ne peut être qu'ostensible. En effet, l'inscription en compte des actions indivises va s'opérer sur un seul compte avec l'identification de l'identité de tous les co-indivisaires*».

raison du caractère contractuel de cette forme sociale et de l'impossibilité pour des « indésirables », notamment des concurrents, de s'introduire dans le « contrat de holding ». Pour ces auteurs, le patrimoine est constitué par l'indivision qu'ils qualifient de patrimoine autonome[619] : l'actif serait composé notamment des titres et le passif des dettes de l'indivision et du passif des indivisaires. Mais, l'objet même d'une holding semble incompatible, même via une indivision, avec une société en participation. En effet, une société holding détient des participations dans une ou plusieurs sociétés contrôlées. C'est elle qui les détient, donc elle a nécessairement un patrimoine et les titres sont inscrits dans un compte 261 « participations ». En outre, la holding a un caractère pérenne, ce qui n'est guère pratique avec une indivision conventionnelle qui nécessite, sauf à prévoir une durée indéterminée, de renouveler tous les cinq ans son existence. La société en participation est donc plutôt un pacte d'actionnaire, donc un contrat.

163. La société en participation est en parfaite adéquation avec les opérations spécifiques ; c'est une adhocratie. Mais comme toute structure porteuse, même extrèmement embryonnaire, elle ne peut faire table rase d'un financement adapté. Il arrive en outre, qu'elle soit elle-même porteuse du financement des participants.

§II) La répartition des risques financiers

164. Un des exemples classiques d'utilisation de la société en participation repose sur l'achat en commun de billets de loterie ou de loto[620]. La société en participation est aussi « *un moyen de développer les finances éthiques et plus spécialement confessionnelles (finance juive, chrétienne, islamique…) qui sont à des degrés divers hostiles à la rémunération du prêt au*

[618] J. Prieur, S. de Lassus, J. Caye, D. de Pariente et J.-B. Lenhof, « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur ,mars/avril 2004, p.3.
[619] J. Prieur, « Le patrimoine de la SEP », dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.9.
[620] Cass Crim 2 août 1937, S 1941.1.161 ou Cass Crim 27 mai 1942 JCP 1943.1. 2259 ; voir aussi Cass Crim 20 mai 1985, RTD Com, 1986, p.292, note J.Hémard et B. Bouloc : « *la société en participation entre joueurs implique l'existence de mandats réciproques entre ses membres dont la violation entre dans les prévisions de l'article 408 du Code pénal* » (à propos d'un abus de confiance effectué par l'un des participants). La Cour de cassation avait déjà rappelé que l'un des associés d'une société en participation peut « *commettre le délit d'abus de confiance* », Cass Crim 28 octobre 1981, JCP, 1982 .IV.21.

motif que l'écoulement du temps ne doit pas être source de profit et préconisent le partage des pertes et gains entre deux partenaires »[621].

L'investissement, susceptible d'être rentabilisé, est alors divisé entre les participants. Deux autres mécanismes ont un caractère original, voire originel[622], au regard de la société en participation : la tontine et le pooling et le netting. La tontine repose sur le jus fraternitatis, si emblématique de la société en participation. Les opérations de pooling et de netting, opérations intra-groupes, nécessitent une convention à façon, bénéficiant de cette souplesse inhérente au contrat de société en participation.

Si la problématique des risques financiers, à savoir leur répartition, apparaît dans un premier temps interne à la structure, ce que nous étudierons dans un premier point avec la tontine et les opérations de pooling et de netting, elle peut prendre une dimension externe et conduire à des opérations de répartition des risques, qui seront envisagées par la suite.

1° Le financement interne de la structure

165. Nous étudierons donc la tontine et les opérations de pooling et de netting, situations emblématiques des contrats en participation ayant pour but de résoudre un problème financier se posant à l'organisation.

a) La tontine

166. La tontine est une « *opération par laquelle un groupement de personnes constitue en commun un capital destiné à être réparti entre les survivants à l'échéance convenue. Ceux qui auront disparu en cours de route auront perdu leur mise, ceux qui auront survécu empocheront le jack-pot »*[623]. L'une des modalités repose sur la clause tontinière dans un contrat de société qui peut être une société en participation ou une société créée de fait, l'autre sur l'indivision conventionnelle.

[621] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés,* 24ème édition, LITEC, LexisNexis 2011, n°1268.
[622] A savoir l'origine de la société en participation : l'héritage entre les frères à Rome, du moins pour la tontine.
[623] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises,* Litec Fiscal 23ème édition, 1999-2000, n°2126 ; voir aussi M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises,* Litec Fiscal 29ème édition, septembre 2005, 2005-2006, n°1832 mettant en évidence l'utilisation de la clause tontinière dans les sociétés, notamment les SCI. Voir aussi M. Cozian et A.Viandier, F.Deboissy, *Droit des Sociétés*, 16ème édition, 2003, n°28, p.17.

La société en participation a remis au goût du jour la tontine, notamment dite à la mode africaine[624] en France. Une clause tontinière « *est parfois insérée dans un acte d'acquisition d'un bien par deux ou plusieurs personnes. Au décès de chacun des acquéreurs, cette clause permet aux survivants de devenir propriétaires collectifs de la part du défunt avec effet rétroactif au jour de l'acquisition en commun. Au décès de l'avant-dernier survivant, le dernier coacquéreur encore vivant devient seul propriétaire de la totalité du bien depuis le jour de l'acquisition initiale et, sous réserve d'un droit indivis de jouissance, les acquéreurs prédécédés sont censés n'avoir jamais eu aucun droit sur le bien acquis* »[625]. Fiscalement, la tontine est analysée comme une mutation à titre onéreux figurant dans le contrat d'acquisition en commun, bien qu'en cas de revente, la plus-value soit calculée à la date de réalisation de la condition. Mais l'article 754 A du Code Général des Impôts (CGI) prévoit que « *les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement* ». En réalité, selon l'administration fiscale, l'article 754-A du CGI ne serait applicable qu'en cas de clause tontinière insérée dans un contrat d'acquisition en commun[626]. L'application stricte de cette dernière implique que seule est visée l'acquisition indivise. L'acception la plus large implique l'application de cet article, même dans le cadre d'une société. Toutefois, il est de principe de privilégier en droit fiscal, l'interprétation étroite des textes, ce qui est la solution préconisée par la réponse du ministre Antoine Rufenacht[627]. Or, selon l'article L 80-A du Livre des Procédures Fiscales, la doctrine de l'administration fiscale lie cette dernière, même si l'article 754-A du CGI date de 1980, « *tant que cette doctrine n'aura pas été rapportée* »[628]. C'est ainsi que, même si l'interrogation demeure, il est possible de l'interpréter dans le sens favorable aux participants lorsqu'il s'agit de parts sociales, « *dès lors*

---

[624] L. Védrine, « Tontine : la banque à l'Africaine », *L'Express,* 10 janvier 2002, p.36. Certes le journaliste ne parle pas de la société mise en place pour la gestion de la tontine. Il nous semble qu'aucun des participants n'a de réelle conscience de la constitution de ladite société ; c'est pourquoi, la société créée de fait est adaptée à ce cas. « *Le principe des tontines est simple : «* un groupe d'amis ou de proches décident de se réunir régulièrement pour mettre en commun leur épargne. A chaque rencontre – il y en a autant que de membres dans la tontine – une seule personne empoche l'intégralité du magot…Et ainsi de suite, jusqu'à ce que tous les adhérents aient « bouffé la tontine *».... Ces associations ne sont généralement pas déclarées en France* ». Il semble qu'à la différence des tontines françaises traditionnelles, ce genre de pacte ne sous-entend pas ipso facto le décès de participants, mais que la disparition, dans le sens traditionnel du terme, suffise.

[625] A. Chappert, « Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause », Defrénois 2002, p.285 et J. Guirec Raffray, « Tontine et société », JCP, 1988.I.3327.

[626] Dr Adm. 7-G-121, n°25 du 15 décembre 1991 et Dr Adm 7-C-131, n°20, du 15 décembre 1991.

[627] Réponse ministérielle Rufenacht du 8 septembre 1979, JOAN, 8 septembre 1979, p.7151, n°12029.

[628] F. Deboissy, note sous CA Chamberry 18 juin 2002, RTD Com, 2003, p.190.

que la clause de tontine figure dans les statuts et non dans l'acte d'acquisition.Toutefois, il pourrait y avoir abus de droit si la société avait pour but de contourner la règle fiscale »[629].

b) Le pooling et le netting

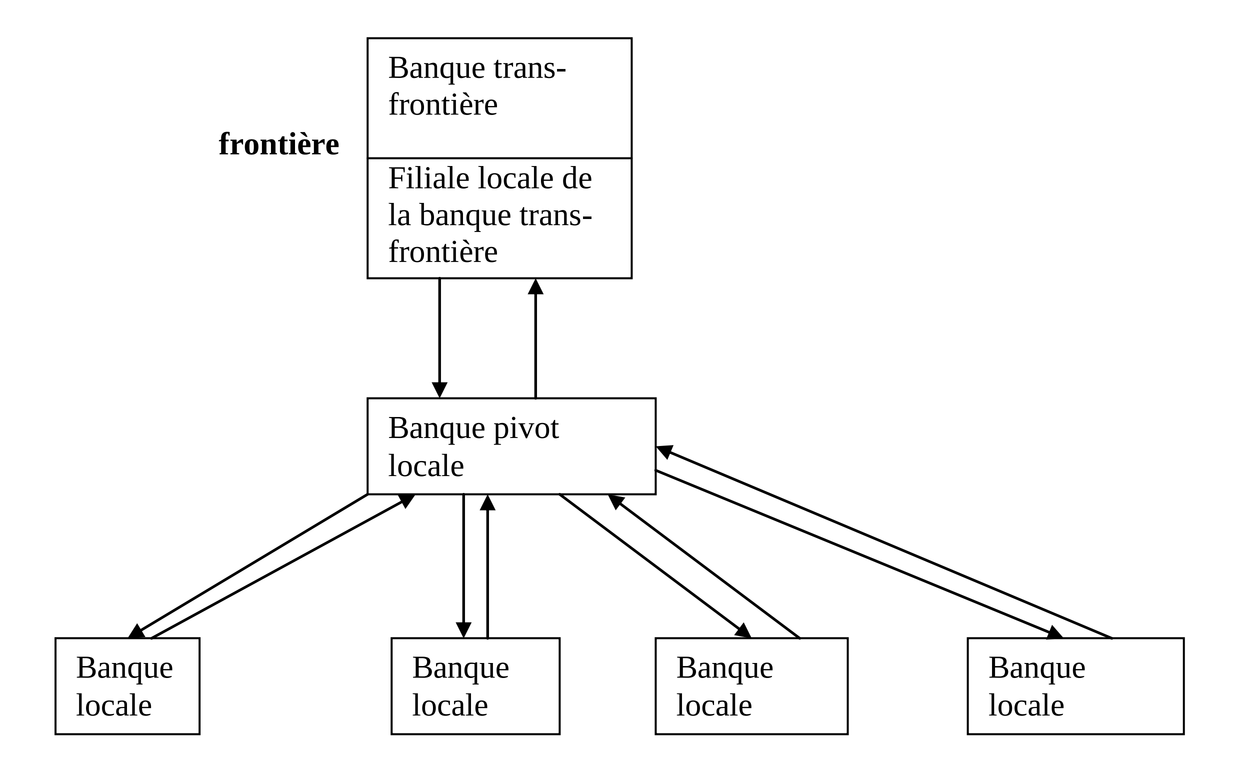
167. Le pooling, ou cash pooling, consiste à mettre en place une centralisation de trésorerie, à savoir « *mettre en commun les disponibilités des différentes unités du groupe »*[630]. On obtient dès lors un équilibrage quotidien des comptes. Son objectif consiste en l'optimisation des besoins et des excédents de trésorerie pour l'ensemble du groupe, en effectuant des économies de frais bancaires, notamment liées aux commissions bancaires. Cela permet en outre à un groupe d'accéder aux marchés financiers, en atteignant la taille critique nécessaire. Le cash pooling nécessite un système d'information performant entre les différentes sociétés du groupe.

Le pooling consiste soit en la centralisation des soldes et des liquidités, donc réalisée sur les comptes bancaires, soit en la centralisation des flux, ce qui implique que le groupe de sociétés perçoive toutes les recettes et effectue toutes les dépenses, soit, enfin, en la fusion des échelles d'intérêts. « *Dans cette structure, le solde des comptes des filiales n'est jamais équilibré, mais la banque du groupe recalcule les intérêts positifs ou négatifs, sur le solde fictif de l'ensemble. Le résultat est identique à celui d'une trésorerie parfaitement équilibrée,* [comme dans le cas de la centralisation des soldes et des liquidités,] *mais les fonds ne sont jamais réellement réalisés »*[631]. Le choix entre ces trois modes de cash pooling dépend de la culture du groupe, de la réglementation, notamment fiscale, de l'Etat du siège du groupe ou des filiales et aussi du coût des services bancaires. Dans le cadre d'une gestion internationale de la trésorerie, visant notamment à optimiser la couverture de change, on parle alors de gestion centralisée de la position de change « *permettant un suivi global de la position de change et des opérations de couverture »*[632].

Il convient généralement d'effectuer une « *centralisation à deux niveaux. Les groupes multinationaux pratiquent donc une centralisation au sein de chaque pays. Une banque pivot*

[629] J.-F. Pillebout, « Les surprises de la tontine », Conseils des notaires, avril 2010, n°392.
[630] P. Schevin, « Les aspects juridiques de l'organisation financière : les cas du pooling et du netting » , RFC, 23 mars 1992, p.39.
[631] P. Vernimmen, P. Quiry et Y.Le Fur, *Finance d'entreprise,* Dalloz, 2002, p.1022.
[632] G.Charreaux, *Gestion financière,* DECF 6ème édition LITEC, 2000, p.593 : « *elle peut passer par la mise en place d'un centre de refacturation, le plus souvent une société financière, qui s'interpose pour chaque transaction, entre les sociétés appartenant au groupe et leurs clients et fournisseurs».*

locale réalise une première centralisation au sein de chaque pays, et un groupe bancaire international », à savoir une « *banque transfrontière (overlay) réalise la centralisation internationale. Le passage de la frontière est assuré au sein de la banque transfrontière. Au niveau local, la centralisation peut s'adapter aux particularités des réglementations financières de chaque pays »*[633]. On peut schématiser l'opération ainsi :



Le groupe peut conclure une convention omnium : « *elle autorise une centralisation plus poussée et aboutit à une mise en commun des disponibilités et, également, des besoins des diverses sociétés participantes* » [634]. La société mère joue le rôle de chef de file en tant que « *titulaire du compte omnium* »[635]. Il s'agit dès lors d'une société en participation « *dont le but est d'optimiser la gestion des excédents de trésorerie* »[636].

168. Le netting, appelé aussi compensation multilatérale des règlements, correspond à des « *techniques de compensation monétaire visant à réduire le volume des fonds transférés. L'objectif est, en particulier, d'éliminer les mouvements de fonds en sens inverse entre deux*

---

633 P. Vernimmen, P. Quiry et Y.Le Fur, *Finance d'entreprise,* Dalloz, 2002, p.1025.
634 P. Schevin, « Les aspects juridiques de l'organisation financière : les cas du pooling et du netting », RFC 23 mars 1992, p.39.
635 Ibidem
636 Ibidem

ou plusieurs sociétés ». Il s'analyse donc en un système de compensation de dettes et de créances sur une période déterminée, permettant de régler uniquement les soldes après compensation, et donc de réduire les coûts de transaction et d'éviter les opérations de couverture superflues[637]. Il peut être mis en place notamment par transfert de fonds ou par inscription en compte courant. Cet objectif peut amener à délocaliser des profits du groupe et à mettre en place une véritable évasion fiscale internationale. Le contre-argument de l'administration fiscale est l'acte anormal de gestion mis en évidence par « *un échange déséquilibré entre les parties* »[638]. On comprend dès lors que certaines législations bancaires, aient encadré cet instrument[639]. La mise en place d'un netting n'est pas sans poser des questions sur l'évaluation même des bilans des sociétés appartenant au groupe, quant bien même elle procède d'un mécanisme de consolidation. C'est ainsi que l'OCDE a été amené à prendre position face à cette procédure : « *le traitement macroéconomique statistique des dérivés financiers et des accords de pension fait l'objet d'une réévaluation majeure depuis quelques années. Dans le cas de deux produits, un consensus se dégage parmi les statisticiens : les positions doivent être enregistrées en valeur brute dans les bilans, de*

---

[637] Exemple émanant de G. Charreaux, *Gestion financière*, DECF 6ème édition LITEC, 2000, p.593 : soit un groupe composé de trois sociétés A, B et C. A détient pour 10 millions USD de créances sur B et a une dette envers C de 5 millions USD. C doit 4 millions USD à B. Lors de la compensation, A ne paiera rien (10 – 5) et détient un solde créditeur net de 5. C ne paiera rien (5 – 4) et détient un solde net de 1. B doit 6 (10 – 4). Il versera 5 à A et 1 à C.

[638] P. Schevin, « Les aspects juridiques de l'organisation financière : les cas du pooling et du netting », RFC, 23 mars 1992 p.39.

[639] A titre d'exemple : l'article 12 f de l'ordonnance du 17 mai 1972 actualisée le 1er novembre 2005 sur les banques et les caisses d'épargne des autorités fédérales de la Confédération Helvétique : « *Les banques qui appliquent la méthode de l'évaluation au prix du marché peuvent compenser conformément à l'alinéa 2 les valeurs de remplacement positives et l'intégralité des majorations, d'une part, et les valeurs de remplacement négatives, d'autre part, résultant de contrats à terme et d'options avec la même contrepartie, à condition qu'un accord ait été conclu avec cette contrepartie, accord dont il est établi qu'il est reconnu et peut être exécuté dans les législations suivantes :*

a. la législation de l'Etat où la contrepartie a son siège et, lorsqu'une succursale étrangère d'une entreprise participe à l'opération, en sus, celle de l'Etat de la succursale ;
b. la législation qui régit les diverses transactions prises et comptes, et,
c. la législation qui régit les accords requis pour effectuer la compensation.

La compensation est admise dans les cas suivants :

a . pour toutes les opérations couvertes par un accord de compensation aux termes duquel, si la contrepartie fait défaut pour cause d'insolvabilité, de faillite, de liquidation ou de circonstances semblables, la banque n'a que le droit de recevoir ou l'obligation de payer la différence entre les bénéfices et les pertes non réalisés dans le cadre des transactions prises en compte (« close-out-netting *») ;*

b. pour tous les engagements et créances réciproques dans la même monnaie et avec la même échéance qui sont rassemblés par un contrat de novation conclu entre la banque et la contrepartie de telle manière qu'il résulte de la novation un montant net unique et ainsi un nouveau contrat obligatoire éteignant les contrats antérieurs (« netting-by-novation *») ;*

c. pour les transactions compensées, à condition qu'un accord de compensation de position (« payment-netting *») ait été conclu, prévoyant qu'au jour de l'échéance le solde des engagements réciproques de paiement est déterminé pour chaque monnaie et que seul ce solde doit être acquitté.*

La compensation prévue à l'alinéa 2 n'est pas autorisée lorsque l'accord contient une disposition qui permet à la partie non défaillante de n'effectuer que des paiements limités, voire aucun paiement, à la partie défaillante, même si cette dernière a un solde créancier (clause d'inexécution ou « walk-away-clause *») »*.

manière à faire apparaître le risque global de contrepartie. Lorsqu'il existe un droit clair et légal de set off (écriture inverse), le netting de positions compensatrices peut être autorisé ou encouragé, mais en règle générale, le bilan doit refléter le volume d'activité d'une société. Cette directive a des implications potentiellement importantes pour la taille des bilans » [640]. Hormis la volonté de mettre en place un système d'évasion fiscale, le netting apparaît donc comme un mécanisme de compensations bilatérales multilatérales au sein de sociétés d'un même groupe. Sa mise en place est relativement simple : un logiciel suffit ! Si le netting, en tant que tel, n'implique pas la création d'une société en participation, il s'avère souvent qu'il s'accompagne d'une convention omnium, qui prend la forme d'une société en participation. Cette dernière a pour but d'organiser les opérations de netting et les relations que ces opérations génèrent entre les différentes sociétés du groupe. « *Si la société mère met en place un tel système, elle y adjoint le plus souvent, par l'intermédiaire d'une convention omnium, une gestion centralisée du financement du groupe : politique de prêts et avances consentis à des taux préférentiels, par exemple »*[641]. Dans ces conditions, on ne peut que constater que le netting, comme le pooling, voire le concept de « fusion de fait »[642], peut alors s'analyser par le biais de la convention omnium comme une société en participation, mais surtout que ladite société est en réalité une convention !

2° La répartition externe des risques financiers

169. Le volume, la rapidité, les risques spécifiques d'un financement imposent souvent un montage financier à plusieurs, surtout dans des opérations internationales[643]. La gestion calculée des risques, pesant sur les résultats des banques, implique la mise en place d'une procédure, appelée la « *Gestion Actif-Passif (ou ALM pour Assets and Liabilities*

---

[640] OCDE « Comptes nationaux et statistiques économiques – comptes financiers : évolution des systèmes de compensation et de règlement : reconnaissance et mesure de certains effets sur les bilans », document préparé par C. Wright, Banque d'Angleterre dans le cadre du groupe de travail de l'OCDE sur les statistiques financières au Château de la Muette, Paris, 6-7 octobre 2003.

[641] P. Rassat, « Fiscalité et gestion de l'entreprise», in *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, tome 2 Economica, Editions G. Vermette inc. 1989, n°62, p.1292.

[642] Cass Com 26 février 2008, Joly, 2008, n°129 note C. Hannoun : « *l'intérêt du présent arrêt est de faire émerger sous le manteau de l'immixtion et de la théorie de l'apparence, une hypothèse très particulière d'atteinte à la personnalité morale de la filiale, celle de l'unité d'entreprise dont le fondement juridique serait la* « fusion de fait » ».

[643] C. Gavalda et J. Stoufflet, note sous CA Paris 21 novembre 1990, JCP, Ed. E., 1992 , 218, n°154 à propos d'un pool et d'un crédit documentaire au profit d'un exportateur, indiquant que la fonction de mandataire n'existe que si elle est prévue dans la convention de pool.

Management) »[644] visant à faciliter et à améliorer l'efficacité de cette prise de risque. Le risque quantifiable peut devenir dès lors un facteur de performance. « *La fonction de la gestion des risques est d'aider à la décision en mesurant leurs conséquences quantifiables »*[645]. Il ne faut pas sous-estimer la difficulté de l'appréciation de l'opportunité d'une nouvelle prise de risque et de l'évaluation de la qualité des risques. Dès lors, la gestion des risques bancaires intègre un arbitrage entre risque et rentabilité[646].

« Il est fréquent, dans la pratique bancaire, que des établissements de crédit se regroupent afin de mettre en commun leurs ressources et de disperser les risques lorsque l'opération à financer est de grande importance. On parle alors de crédit consortial et de pool ou de syndicat ou (plus rarement) de tour de table bancaire. L'arrêté du 18 février 1987 relatif à l'enrichissement du vocable bancaire et financier rend obligatoire l'expression « tour de table *», définie par le même arrêté comme la «* réunion de différents apporteurs de capitaux, sans appel public à l'épargne, ayant pour objet la répartition des capitaux apportés » » [647].

Le risque de crédit, ou risque commercial, repose sur les pertes en l'absence de contreparties[648]. « *Le risque de contrepartie désigne le risque de défaut des clients, c'est-à-dire de risque de pertes consécutives au défaut d'un emprunteur face à ses obligations*[649]. *La gestion du risque de crédit s'effectue a priori, au moment de prendre des décisions d'engagement, et a posteriori, une fois les décisions prises, pour suivre les engagements et estimer les risques sur les portefeuilles d'actifs »*[650]. Les mesures utilisables prennent en considération la perte maximale à un niveau de confiance donné et l'écart type des pertes[651]. On constate néanmoins que « *dans le cas du risque de crédit, le risque global d'un portefeuille est toujours inférieur à la somme des risques isolés des transactions. En effet,*

---

[644] J.Bessis, *Gestion des risques et gestion Actif-Passif des banques*, Dalloz, 1995, p.1.

[645] J. Bessis, idem.

[646] B. Keizer, « mutations et nouvelles stratégies financières – les banques face aux risques », in *Banques et Assurances*, Cahiers Français, juillet-septembre 1991, La Documentation Française, p.54 : « *plus le risque augmente et plus la rémunération attendue est forte ; en bonne logique, la consommation de fonds propres est directement proportionnelle au coefficient de pondération du risque et la marge doit l'être aussi. Les banques peuvent donc chercher à maximiser leur profit à contrainte de risques donnés ou à minimiser leurs risques à objectifs de profit fixé ».*

[647] J..Bertran de Balanda, « crédits consortiaux : quelles règles du jeu » JCP, Ed. E., 1994, 409.

[648] J.Bessis, idem p.88 : « *pour un portefeuille de contreparties, la sensibilité au nombre de défaillances est la perte occasionnée par une nouvelle défaillance, qui dépend évidemment de la contrepartie qui fait défaut. L'aléa est la probabilité de défaut de contrepartie, ou pour des portefeuilles d'opérations, le degré d'instabilité du taux de défaillance sur un portefeuille. Il dépend de la conjoncture, de l'industrie et de la solidité financière des contreparties ».*

[649] J. Bessis, idem, p.15. Les risques bancaires concernent la contrepartie, la liquidité, le taux d'intérêt, le marché, les changes et la solvabilité. On sait que « *pour un même bénéficiaire, les risques sur un seul débiteur sont limités en pourcentage des fonds propres, ce qui assure un minimum de diversification : risque sur un débiteur < 40 % des fonds propres »*, J. Bessis, idem p.57.

[650] J. Bessis, idem p.237.

[651] J. Bessis, idem p.361. L'écart type des pertes est appelé volatilité des pertes.

toutes les contreparties n'ont pas la même probabilité maximale de faire défaut en même temps ! » [652].

170. La répartition des risques financiers pose, au regard des sociétés en participation, deux réponses particulières mises en place par les banques ou les compagnies d'assurance face aux contraintes et menaces de leurs marchés respectifs : les pools bancaires et les comptes à recevoir. L'un porte sur des risques bancaires, l'autre sur les assurances. Mais il est vrai que l'interférence du monde des assurances dans le monde bancaire, et vice versa, amène à la constitution en pool bancaire des assurances participantes[653].

171. Les comptes à recevoir consistent en créances détenues par une entreprise sur ses clients. Le risque financier découlant de l'activité commerciale est inhérent au non-paiement de leurs dettes. Certes, une entreprise peut s'assurer contre un tel risque tant sur son marché intérieur, qu'à l'international. Les assureurs peuvent proposer dans ce dernier cas, en sus, une assurance « politique » qui englobe le risque d'expropriation, de nationalisation, de confiscation et de tous évènements politiques échappant à l'exportateur. L'assurance peut porter sur des créances individualisées ou regroupées. Le taux s'établit en fonction du pourcentage de ventes assurées, des franchises ou de la rétention de l'assuré. Les entreprises assument une part importante du risque, les assureurs évaluant leurs capacités à les gérer et ne couvrant que les sinistres dépassant un niveau prévisible[654]. Cette situation rend donc indispensable la constitution, malgré l'assurance, de dépréciations des comptes clients. Elle explique qu'outre cette possibilité « assurantielle », la société en participation peut être une solution à ce risque de comptes à recevoir, ce que nous étudierons dans un premier point.

172. La gestion des risques bancaires est assurée, pour partie, par la constitution d'un pool bancaire[655], qui peut être soit national, soit international, les établissements bancaires étant

---

[652] J. Bessis, idem p.374 et p.398 : « *la démarche la plus simple pour déterminer les pertes possibles consiste à estimer le taux de défaut moyen et le taux maximum, à un certain seuil de confiance, applicable au portefeuille. Ces taux sont appliqués aux encours pour obtenir les pertes moyennes et maximales. L'information critique à cet égard est celle sur les taux de défaut. Généralement il s'agit d'informations externes, sur les taux de défauts annuels moyens d'entreprises de risque homogène et sur leur volatilité au cours du temps ».*

[653] Cass Com 7 avril 2009 n° de pourvoi 07-18907 : *« la société MAAF* (assurance) *a assigné la banque en résolution de la convention de sous-participation ainsi qu'en restitution de ses avances et, subsidiairement en paiement de sa quote-part du prix de vente de l'immeuble ».*

[654] Voir par exemple le site du Canada http://www.pch.gc/progs/ac-ca/progs/pubs/macrile.arimabie/4_f.cfm.

[655] Il en est de même des assureurs : « *les assureurs de leur côté peuvent se mettre à plusieurs au sein d'une société en participation lorsque les risques ne peuvent être assumés par un seul* », M. Cozian et A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des Sociétés*, 24ème édition, 2011, n°1266. Il en résulte une interpénétration dans un marché,

liés à un même emprunteur. Chacun des membres du pool risque d'engager sa responsabilité face au client de l'un d'eux, tantôt contractuelle, tantôt délictuelle[656]. Dans le cadre des opérations internationales, le pool met en œuvre des banques de nationalités différentes. Nous envisagerons la question des pools bancaires dans un deuxième point.

a) Les comptes à recevoir ou créances clients

173. Cette problématique est relativement fréquente dans le milieu de l'édition. Elle a d'ailleurs fait l'objet d'un rapport canadien. Les comptes à recevoir vont pouvoir être transformés en liquidités grâce à l'intermédiaire d'une société en participation.

α) La détermination du risque portant sur les comptes à recevoir

174. Selon le rapport canadien[657], « *les comptes à recevoir peuvent représenter jusqu'à 50 % de l'actif de certaines entreprises et, comme tels, ils représentent une part importante de leur fonds de roulement* ». Le Fonds de Roulement (FDR) se détermine comme suit : il est est égal aux ressources stables diminuées des emplois stables. Les ressources stables se composent des capitaux propres, amortissements et provisions et emprunts à moyen et long terme. Les emplois stables sont constitués des immobilisations en valeurs d'acquisition (valeurs brutes). Par principe, pour assurer l'équilibre financier, les ressources stables doivent financer les emplois stables. Quant aux créances clients, lorsqu'elles n'ont pas été réglées à l'échéance, il convient, en fin d'exercice comptable, de les déprécier, soit en tenant compte de la réalité potentielle du non-paiement, soit sur la base de calculs statistiques. La dotation aux dépréciations minore le résultat de l'entreprise. Lorsque la créance devient irrécouvrable, la dépréciation est reprise, ce qui permet de compenser au moins pour partie, la perte liée à la créance irrécouvrable. Néanmoins, si l'on fait abstraction de l'incidence de l'impôt sur les

---

voire un monde de bancassurance. Voir par exemple la COMMERCIAL RISK, société en participation de SCOR et de Western General Insurance Ltd, spécialiste de l'assurance et de la réassurance, qui détient un portefeuille international d'activités : www.scor.fr.

[656] T. Bonneau, *Droit bancaire*, 9ème édition, Domat Montchrestien, 2011: « *si le banquier ne dispose pas lui-même des informations, il peut recourir à un correspondant. Si ce dernier communique des renseignements inexacts, le client peut certainement mettre en cause sa responsabilité délictuelle. Il peut également rechercher la responsabilité contractuelle de son banquier, non pas en raison des fautes commises par le correspondant, mais en raison de la faute qu'il a commis dans le choix de ce dernier…* ».

[657] Ministère du patrimoine canadien, direction du développement de l'industrie, *Les mécanismes d'assurances des comptes à recevoir dans l'industrie du livre en Europe,* préparé par P. G. Duclos, conseiller en gestion et en assurance, février 2003. Ce rapport cite notamment pour les statistiques américaines Comizio, Tob, Getting the most bang for the uck, AFP Exchange, Bethesda, automne 2000.

sociétés, il est évident que la part non provisionnée des créances irrécouvrables a des répercussions immédiates sur les capitaux propres par le biais du résultat de l'entreprise et donc de son fonds de roulement.
Quant au fonds de roulement, il permet de financer le besoin en fonds de roulement (BFR), ce dernier étant la différence entre les stocks et créances, et les dettes d'exploitation et hors exploitation. L'équation finale est alors : FDR = BFR + Trésorerie.
En gestion de trésorerie, par principe, le ratio de rotation des créances[658] ne doit pas être par trop supérieur à celui des fournisseurs[659], sinon l'entreprise se retrouve obligée de faire des avances de trésorerie.

175. La raison de la mise en place d'un contrat de société en participation portant sur les comptes à recevoir repose sur le risque de non-paiement des créances. « *D'après les données du Credit Research Foundation (CRF) des Etats-Unis, la probabilité de recouvrer des créances un mois après leur date d'échéance est de 93,8 %. Cette probabilité tombe à 85,2 % quand les créances sont en souffrance depuis deux mois et à 26,6 % quand elles le sont depuis un an »*[660]. En France, la situation des créanciers n'est guère plus brillante. Il suffit pour s'en convaincre d'étudier les taux de recouvrement[661] de leurs créances dans le cadre des lois de 1984 et 1985 relatives aux entreprises en difficulté. La situation de leurs débiteurs, mais aussi la leur, a été l'une des causes majeures de l'introduction de la loi du 1er mars 1984, liée à la prévention des difficultés de l'entreprise, et de celle du 25 janvier 1985 en raison des risques de liquidation judiciaire « domino »[662]. Il est évident que le créancier est d'autant plus fragilisé lorsqu'il réalise 80 % de son activité avec un seul client. Là se retrouve toute la problématique des sous-traitants.
« Il existe plusieurs façons de réduire les risques de non-paiement des comptes à recevoir, les principales étant l'assurance des comptes à recevoir[663], les lettres de crédit[664],

---

[658] Créances x 360 jours / CA TTC.
[659] Dettes fournisseurs x 360 jours / achats TTC.
[660] Ministère du patrimoine canadien, direction du développement de l'industrie, *Les mécanismes d'assurances des comptes à recevoir dans l'industrie du livre en Europe*, préparé par P. G. Duclos, conseiller en gestion et en assurance, février 2003.
[661] Voir les statistiques dans les « Commentaires de la loi du 10 juin 1994 », RFC, n°260, octobre 1994, p.35 : « *le taux moyen de récupération des créances est de 28 % ; il chute à 5% pour les créanciers chirographaires* ».
[662] Les professionnels du chiffre, à savoir ceux dont l'activité est l'évaluation des données juridico-économiques sous forme comptable, ont donc un devoir de conseil, voire d'alerte pour certains d'entre eux. Le devoir d'alerte concerne le commissaire aux comptes, découvrant à l'occasion de sa mission des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.
[663] En France, dans le secteur de l'édition, la Centrale de l'Edition du Livre et la COFACE assurent les comptes à recevoir des éditeurs français. La Centrale de l'Edition du Livre est un GIE fondé en 1974, « *dont le but est d'aider les éditeurs membres, au moyen de produits spécialisés d'assurance, dans leurs activités d'exportation,*

l'affacturage[665] *et l'établissement d'entreprises en participation avec des sociétés de financement dans le but d'éliminer les comptes à recevoir du bilan des sociétés »*[666].

β) L'intervention d'une société en participation

176. Une société en participation peut être constituée entre une entreprise ayant des comptes à recevoir et une société de services financiers. La société en participation a pour objectif de surveiller et de gérer les activités de gestion du crédit et de recouvrement. Les deux participantes mettent chacune en commun les capitaux nécessaires au bon déroulement de l'opération. La société de services financiers y ajoute un savoir-faire dans le recouvrement des créances. « *Prenons l'exemple,* en droit canadien, *d'une maison d'édition qui voudrait transformer en liquidités des comptes à recevoir d'une valeur de 200 000 dollars. La société en participation acquiert les comptes à recevoir moyennant un investissement, de la part de chaque partenaire, de 7,5% de la valeur de ceux-ci. L'entreprise qui a les comptes à recevoir et la société de services financiers contribuent donc chacune pour 7,5 % de 200 000 dollars, soit 15 000 dollars et l'éditeur reçoit 185 000 dollars de la société en participation. La*

---

incluant le transport », Ministère du patrimoine canadien, direction du développement de l'industrie, *Les mécanismes d'assurances des comptes à recevoir dans l'industrie du livre en Europe,* préparé par P. G. Duclos, conseiller en gestion et en assurance, février 2003. « *Il y a un an et demi, la Centrale de l'Edition était co-assurée par la Compagnie Française d'Assurance Crédit à l'Exportation (COFACE) et la Société Française d'Assurance Crédit (SFAC), maintenant devenue Euler. La COFACE est maintenant le seul assureur à participer à la garantie de la Centrale de l'Edition du Livre* ». Le rôle de ce GIE consiste à négocier au profit de ses membres les garanties d'assurance transport et de comptes à recevoir. La COFACE garantit, en principe, les risques liés à l'exportation, les risques politiques et les catastrophes naturelles. Ce mécanisme couvre près de quatre mille librairies dans le monde. « *Les éditeurs impayés peuvent également confier à la Centrale de l'Edition le recouvrement de leurs créances impayées* », moyennant un paiement de 0,17 % du CA net.

[664] Plusieurs modalités de financement bancaire liées à des opérations d'exportation existent : la vente contre remboursement, la remise documentaire et le crédit documentaire.

La première consiste pour le transitaire à ne délivrer la marchandise qu'en échange du règlement.

La remise documentaire passe par le canal des banques. L'ensemble des documents (expédition, assurances, certificats d'origine…) récupérés par le vendeur, sont envoyés par sa banque à la banque de son client, laquelle ne les délivre que contre paiement ou acceptation d'une traite. Le vendeur reste propriétaire du produit jusqu'au règlement entre les mains du banquier. Il court néanmoins le risque de renonciation de l'achat par son client.

Le crédit documentaire est un engagement pris par le banquier de l'importateur vis-à-vis de l'exportateur étranger de lui régler le montant de sa créance contre preuve de l'expédition des marchandises, grâce aux différents documents précités. Quatre personnes interviennent dès lors : le donneur d'ordre (importateur), le banquier émetteur du crédit documentaire, le bénéficiaire (exportateur) et le banquier payeur qui reçoit le crédit documentaire, le notifie au bénéficiaire et effectue le règlement.

[665] Une société d'affacturage est une société spécialisée dans le recouvrement des créances. L'entreprise cède donc ces créances à cette société qui lui verse le montant des factures cédées, déduction faite d'une commission. La société « factor » assume donc le risque de non-recouvrement, à condition que l'entreprise lui cède l'intégralité des créances, ce qui s'avère relativement rare. Une société d'affacturage propose fréquemment en service complémentaire d'assurer la gestion des comptes clients.

[666] Ministère du patrimoine canadien, direction du développement de l'industrie, *Les mécanismes d'assurances des comptes à recevoir dans l'industrie du livre en Europe,* préparé par P. G. Duclos, conseiller en gestion et en assurance, février 2003.

contribution en capital est la même pour chaque partenaire. Cependant, il est recommandé que la société de services financiers détienne 51 % des parts de la coentreprise, afin que l'entreprise désireuse de se départir de ses comptes continue à fonctionner avec un bilan distinct de celui de la coentreprise »[667].

b) Les pools bancaires

177. *« Le pool bancaire est le contrat qui organise la relation unissant les banques dispensatrices de crédit à un même emprunteur »*[668]. Se forme alors une syndication, contrat se superposant ou s'associant à une relation de crédit. Longtemps mis en place pour des raisons de réglementations contraignantes[669], « *les crédits consortiaux sont courants dans le financement international. Plusieurs banques peuvent ainsi s'unir en une filiale commune*[670]. *On pratique depuis 1964 cette formule dans les grands centres financiers pour les financements internationaux »*[671]. Une banque française peut ainsi devenir contre-garante d'une banque étrangère garante de premier rang[672] envers un maître d'ouvrage libyen. La

---

[667] Ibidem.
Il est à noter qu'en droit canadien, la société en participation est une société dite « de fait ». Chaque associé conserve la propriété du bien qui constitue sa contribution à la participation. Il est responsable des dettes et obligations des autres associés de façon illimitée, à condition qu'elles aient été contractées pour l'utilisation de l'entreprise commune. La société n'a pas d'entité fiscale propre. Ses bénéfices et pertes sont transmis, de façon proportionnelle aux associés, qui doivent les intégrer dans leurs revenus personnels.

[668] Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°8, p.11.

[669] Au point que l'on a pu envisager leur remise en cause : D. Dubois « Trésorerie », in *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, tome 3, Economica, Editions G. Vermette inc. 1989, n°144, p.2986 : « *la contrainte de pool : à l'origine constituée pour la distribution de crédits mobilisables, la notion de pool est souvent étendue à l'ensemble des crédits à court terme. Dans ce cadre, l'intégralité des mouvements doit être répartie entre les membres du pool en proportion des lignes de crédit accordées. Les conditions bancaires sont négociées auprès du chef de file qui les répercute auprès des autres banques. Le trésorier s'interdit de faire appel à une banque hors pool. Cette situation a très souvent été imposée aux entreprises dans un contexte de réglementations contraignantes (encadrement du crédit, cloisonnement du marché…) limitant la concurrence entre les banques, et en l'absence d'un encadrement suffisamment averti des techniques de gestion de trésorerie. La réforme du marché monétaire, la déréglementation bancaire et les nouveaux instruments financiers favorisent la mise en concurrence entre les banques et remettent en cause la notion de pool bancaire qui devient une contrainte excessive, une source de rigidité et une cause de surenchérissement dans la gestion de la trésorerie à court terme … ».*

[670] Cette appellation de filiale commune peut apparaître comme inappropriée car fondée sur l'existence d'une personnalité morale. Or celle-ci est par définition absente dans le cadre d'un contrat de société en participation.

[671] C. Gavalda et J. Stoufflet , *Droit bancaire*, Litec, 1992, n°360 ; un autre cas de consortium concerne les placements de titres où la banque s'engage à souscrire les titres qu'elle ne parviendrait pas à placer dans le public, Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 1992, n°759.

[672] La garantie à première demande ou indépendante est l'engagement souscrit par la banque dans le cadre des relations contractuelles internationales afin d'éviter les délais et procédures. Le but est d'indemniser le cocontractant de son client sur simple demande de sa part. « *La banque renonce à évoquer les exceptions que son client débiteur aurait pu lui-même invoquer* », F. Dekeuwer-Defossez, *Droit Bancaire*, Memento Dalloz 1992, 4ème édition, p.107.

banque française se fait couvrir elle-même par deux pools bancaires constitués du chef des ordres de contre-garantie reçus de deux entreprises françaises[673].

Il n'est pas rare de constituer des pools bancaires dans le cadre d'opérations immobilières nationales d'envergure[674]. Le pool bancaire peut aussi être mis en place pour le financement de crédits subjectifs à moyen terme. Ces crédits sont « *accordés en fonction des caractéristiques financières de l'entreprise* et prennent *la forme d'une ligne de crédit quasi permanente. La Multiple Option Financing Facility (MOFF) constitue un exemple qui permet d'illustrer cette forme de financement* » [675], bien que d'autres modes de financement leur soient privilégiés actuellement. Le pool bancaire va garantir à l'emprunteur un volume de crédit pour une durée de cinq ans.

178. Tous les crédits consortiaux ne peuvent être qualifiés de société en participation. Certains, en effet, ne prévoient pas de participation aux bénéfices et aux pertes. En outre, dans certains cas le chef de file ne se comporte pas en « gérant » d'une société en participation[676]. Néanmoins, nous nous intéresserons aux pools bancaires qualifiables de société en participation. *« Conçue pour doter les groupements temporaires d'entreprises d'un régime souple et discret, la société en participation n'apparaît le plus souvent aux yeux des tiers qu'en cas de difficulté »*[677].

[673] Il s'agit d'un marché de construction de cinquante écoles et deux cents logements en Libye, situation citée dans un jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 17 décembre 1987.

[674] Par exemple : Cass Com 16 janvier 2001, Bull Civ IV, 2001, n°10 à propos d'un pool en risque et en trésorerie créé pour l'acquisition par une SCI du 39/41 rue Cambon à Paris, entre le Crédit Lyonnais, chef de file de l'opération, la BIMP et la DEPFA Bank (Security Pacific Bank France, anciennement Banque Mansart). En l'affaire, la DEPFA Bank a assigné la BIMP en résolution de la convention de sous-participation car le Crédit Lyonnais « *a consenti au débiteur une réduction du montant des agios dans l'attente d'un refinancement en cours de négociation a en entendu imposer la charge de cette réduction aux membres du groupe, ce que la BIMP a prétendu pouvoir répercuter sur sa cocontractante, la DEPFA Bank, sans l'accord de celle-ci. La Cour d'Appel a pu considérer comme inopposable à celle-ci cette mesure* ».

[675] G. Charreaux, *Gestion financière,* DECF 6ème édition LITEC, 2000, p.378 : « *l'accord prévoit un plafond global et la facilité peut être mise en œuvre selon plusieurs modalités : tirage direct d'une ligne de crédit bancaire confirmé, ligne de substitution accompagnant une émission de billets de trésorerie, ligne de crédit bancaire multidevises… Le coût dépend du marché interbancaire, des marges et des différentes commissions* ».

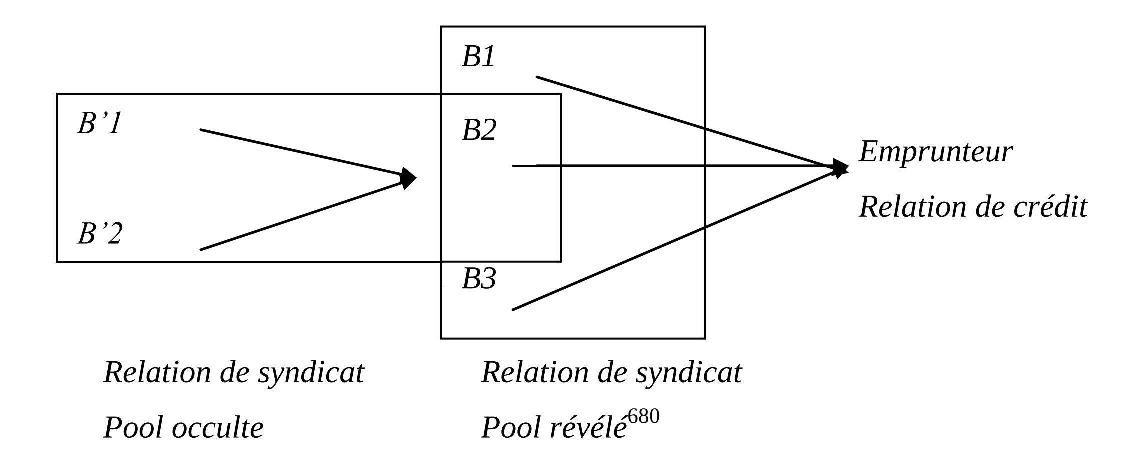
[676] C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire,* 8ème édition LITEC LexisNexis, 2011, n°548 : « *l'analyse juridique des pools de crédit est discutée. Le groupement occasionnel de banque pour l'octroi d'un crédit a parfois été analysé en une société en participation… Mais cette qualification est loin de rendre compte de toutes les situations. Le plus souvent, les éléments caractéristiques de la société, et spécialement la participation aux bénéfices et aux pertes, font défaut. Le débat sur la nature juridique du pool est, en fait, lié à une incertitude sur les pouvoirs du chef de file. En réalité la reconnaissance au chef de file de la qualité de gérant d'une société en participation ne facilite pas la détermination de ses pouvoirs qui résultent de la convention et des usages* ».

[677] C. Champaud et D. Danet, note sous CA Paris 6 juin 1996, RTD Com, 1996, p.688.

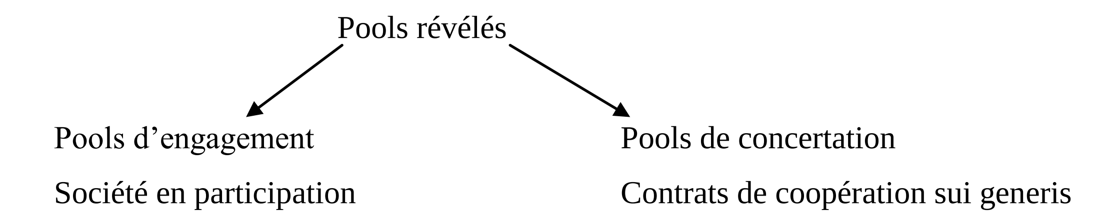
179. La syndication peut être révélée : « *chacune des banques membres de ce pool est contractuellement liée à l'emprunteur : c'est la relation de crédit. Mais les banques sont aussi contractuellement liées les unes aux autres* »[678]. Il y a alors superposition de contrat.

La syndication peut être indirecte : « *lorsque le banque initiatrice de la syndication occulte, et par conséquent chef de file du pool occulte qui en est issu, est liée à l'emprunteur par une relation individuelle de crédit ; la syndication occulte prend le nom de syndication indirecte* »[679].

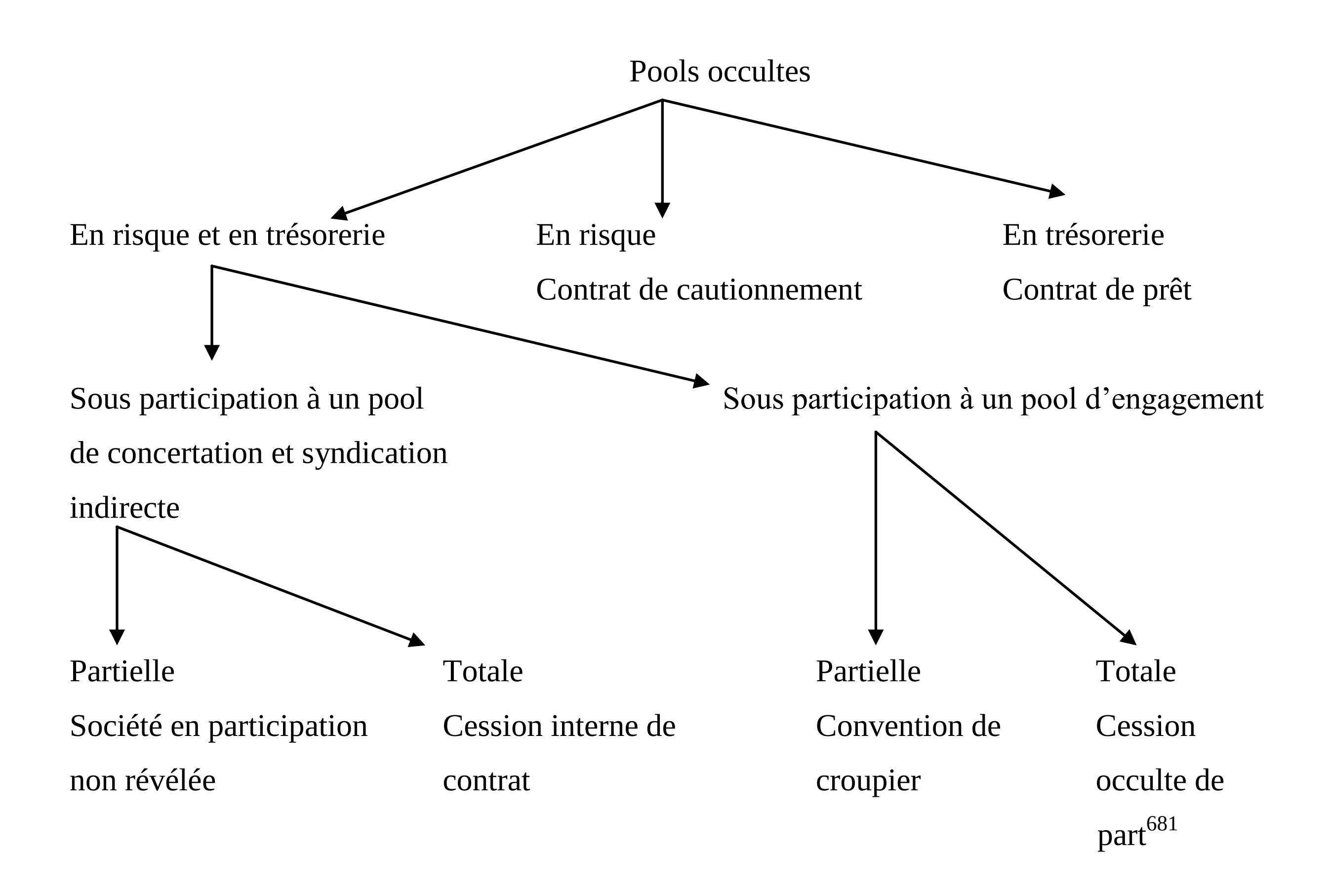
On parle de sous-participation « *lorsque la banque chef de file du pool occulte est elle-même membre d'un pool révélé* ». Seul le chef de file est « *contractuellement lié à l'emprunteur par une relation de crédit, mais en sa qualité de membre de pool révélé et non de chef de file du pool occulte* ».



Il est donc possible d'envisager une typologie des pools révélés et des pools occultes.



[678] Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°5 p.7.
[679] Y. Zein, idem n°6 p.8.
[680] Y. Zein, idem n°6 p.9.



180. La qualification de société a pu poser à certains auteurs un problème en doctrine. Ainsi, « *la notion de personne ne peut se concevoir sans une certaine durée. Or une partie à un acte ne vit que ce que vivent les obligations engendrées par cet acte* »[682]. La société en participation en tant qu'adhocratie ne dure que le temps du projet qui la sous-tend. Cette qualification permet d'assurer le suivi et le traitement du risque et d'engager la responsabilité de celle qui assume la gestion de cette « unité de risque »[683]. Elle permet de « *partager le risque éventuel représenté par la perte du principal et du coût de l'avance de trésorerie, en contrepartie du profit constitué par les commissions et les intérêts* »[684]. Il appartient au « gérant » de la société, en tant que chef de file, de « *prendre les initiatives nécessaires à la sauvegarde des droits du pool et faire preuve de vigilance* »[685], dans la mesure où ces décisions sont conformes à l'intérêt social.

---

[681] Schémas tirés de ceux de Madame Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°1092, p.696.

[682] R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1990.

[683] D. Danet et C. Champaud note sous CA Versailles 6 juin 1996, RTD Com, 1997, p.279.

[684] M. Vasseur note sous CA Paris 5 mai 1987, D 1989 sommaire 323.

[685] Ibidem. Toutefois, « *même si un pool bancaire peut être assimilé à une société en participation, le chef de file, sauf disposition conventionnelle contraire, ne peut, sans excéder ses pouvoirs, consentir, sans leur accord –* des autres participants -, *un abandon de créances engageant les membres du pool, sauf à établir le caractère abusif de leur refus d'y consentir »*, Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677, note J.-P. Storck.. La

Comme tout contrat, la convention de pool doit répondre aux critères de conclusion, et, notamment, être exempte de vices de consentement[686].

La qualification de société en participation d'un pool bancaire implique la non-restitution des investissements, mais, au contraire, un partage du bénéfice ou une contribution aux dettes[687]. En outre, la décision de retrait par une banque du pool équivaut à une demande de dissolution[688].

α) Les pools bancaires révélés

181. La division des risques va profiter à l'emprunteur en raison de la relation contractuelle qui le lie à chacun des membres du pool. Cette pratique est utilisée pour les syndications bancaires dans les euro-crédits[689].

Seuls les pools d'engagement peuvent être qualifiés de société en participation, car ils respectent les conditions d'affectio societatis, « d'apports » et de partage des bénéfices ou des pertes, mais aussi en raison du rôle de l'agent[690]. L'agent est généralement l'une des banques

---

Cour de cassation estime que *« dans les sociétés en participation, les pouvoirs du gérant sont limités à l'accomplissement des actes de gestion dans l'intérêt de la société, les autres décisions devant être prises à l'unanimité des associés »*.

686 CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.433 relatif à une demande de résolution par une banque coassociée : « *elle invoque la résolution du contrat de participation sur le fondement du dol et de l'erreur qui sont des vices du consentement, mais en réalité demande l'annulation du contrat sur la base desdits vices de consentement »*, arrêt conforme à CA Paris 7 décembre 1993 Revue de Droit Bancaire et Bourse mai-juin 1994 note Crédot et Gérard.

687 CA Paris 6 juin 1996, D 1996 IR 180.

688 CA Paris 6 juin 1996, JCP, Ed. E., 1996 panorama 777.

689 J.B. Blaise et Ph. Fouchard « La valeur juridique de la syndication » in « Les Euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international », *Journées d'Etudes Internationales de Dijon,* octobre 1980, Librairies Techniques de Paris, 1981, p.166.

Les euros-crédits sont financés par des ressources émanant de l'euro-marché, ou marché des euro-devises, à savoir les dépôts à terme le plus souvent inférieurs à six mois, mais pouvant aller jusqu'à cinq ans, faits par des investisseurs internationaux. Londres en est la principale place mondiale. Les débiteurs, soit des personnes publiques (Etats…), soit des organisations privées (banques, institutions financières, entreprises nationalisées et grandes entreprises privées) empruntent pour des périodes allant de 24 heures à 20 ans, avec une moyenne tournant autour de cinq ans. Gérard Charreaux, *Gestion financière*, DECF 6ème édition, LITEC, 2000, p.605 : « *la plupart des crédits sont libellés en dollars et en livre sterling, et à taux flottant, le plus souvent sous forme de roll-over (billets renouvelables de trois mois à douze mois), lorsque le crédit dépasse deux ans. Le taux est généralement fixé par rapport au London Interbank Offered Rate (LIBOR), au taux moyen offert par les banques sur le marché interbancaire sur le marché des euro-devises à Londres, pour une durée équivalente pour la même devise, augmenté d'une marge fixe qui fait l'objet d'une négociation. Le coût final comprend en outre diverses commissions (de direction, d'engagement…) »*.

690 « *En l'absence de mandat, l'agent d'un pool de concertation a un simple rôle de coordination entre les banques et l'emprunteur, d'où la qualification du pool de «* pool de coordination *» ou de «* concertation *» »*, Y.Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°180, p.114. « *A l'inverse des pools révélés d'engagement lesquels, du fait même qu'ils vérifient les trois conditions essentielles du contrat de société, ont pu être qualifiés de société, et plus précisément de société créée de fait, les pools révélés de concertation ne sauraient, à notre avis, se voir attribuer la même nature juridique. En l'absence de mandat confié à l'agent de tels pools et les conséquences de cette principale caractéristique des pools de concertation*

membres du pool bancaire désignée d'un commun accord par ces banques, le plus souvent lors de la constitution du pool ; il s'agit généralement de celui qui possède la participation la plus importante dans le crédit. *« L'agent a la capacité, en sa qualité de mandataire, d'accomplir des actes juridiques et d'engager ses mandantes à condition d'agir dans le respect du cadre de la mission qui lui est assignée ou, conformément au droit commun du mandat, si les actes accomplis sans pouvoir sont ratifiés par le mandant (article 1998 du Code civil) et en l'absence d'une telle ratification si l'acte est utile ou si le tiers peut se prévaloir de l'apparence. Ce cadre doit d'ailleurs être strictement envisagé, d'où les limites du mandat »* [691]. Ainsi, en l'absence de disposition particulière dans les statuts et de l'accord des associés, l'agent ne peut, « *sans excéder ses pouvoirs, consentir sans l'accord des autres participants un abandon de créances* »[692]. D'autre part, sa responsabilité est engagée lorsqu'il commet des fautes de gestion dans l'exécution du contrat[693].

182. Les éléments caractéristiques du contrat de société en participation se retrouvent ici : la mise à disposition de numéraire, à savoir la mise en commun de sommes d'argent, la participation aux bénéfices et aux pertes[694] et l'affectio societatis[695]. Pour autant, la

---

justifient le rejet de la qualification sociétaire et l'adoption d'une qualification purement contractuelle de ces pools », Y.Zein, idem n°542, p.323. « *L'agent en effet n'a pour mission que de coordonner la politique de crédit des banques à l'égard de l'emprunteur. Il accomplit des tâches matérielles liées à la gestion courante de ce crédit. Ce contrat est un contrat de coopération sui generis* », Y. Zein, idem n°558 p.334. « *Deux contrats coexistent : le contrat sui generis qui organise les relations des banques et le contrat d'ouverture de crédit, lequel établit des relations de crédit distinctes entre chacune des banques et l'emprunteur, constatées dans un même instrumentum* », Y ; Zein, idem n°671, p.397.

[691] Y. Zein, idem n°170, p.108 ; voir aussi CA Paris 8 septembre 1998, RTD Com, 1998, p.870, note C. Champaud et D. Danet : le chef de file, en l'occurrence la banque la plus fortement engagée dans le pool bancaire, dans cette affaire avait consenti, sans autorisation des coparticipants, à un abandon de créance de soixante pour cent, capital et intérêts réunis. Dans une analyse purement contractuelle portant sur le mandat, la question du dépassement des pouvoirs se pose : « *il n'apparaît pas qu'en l'espèce les pouvoirs du gérant aient été clairement délimités ; en toute hypothèse, les associés sont liés par l'obligation de bonne foi de l'article 1134 du Code civil ainsi que par leur engagement de contribuer aux pertes ; un associé ne saurait sans abuser de son droit faire échec à une décision dans l'intérêt commun dans le but d'échapper à la contribution aux pertes* ».

[692] Y. Guyon note sous CA Paris 30 novembre 2001, Revue des Sociétés, 2002, p.91. Il en est de même de la déclaration des créances dans le cadre d'une procédure collective ouverte contre l'emprunteur : « *la jurisprudence lui dénie, en l'absence d'un pouvoir spécial, qualité pour déclarer les créances des membres du pool dans une procédure collective ouverte à l'encontre d'un emprunteur défaillant* », Y. Guyon note sous CA Paris 30 novembre 2001, Revue des Sociétés, 2002, p.91, à propos de Cass Ass Plen 26 janv 2001, JCP, Ed.E., 2001.617 note M. Behar-Touchais. Car selon la CA Versailles 6 juin 1996, D1996 IR 221, « *l'existence d'un chef de file ne fait pas disparaître les liens personnels entre les participants au pool et le bénéficiaire du prêt* ».

[693] Notamment en omettant de poursuivre les cautions lorsque le débiteur est défaillant, à propos d'un pool occulte en risque et trésorerie, CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.433 ; cette solution classique devrait être identique dans le cadre d'un pool révélé.

[694] L'absence de volonté de participer aux pertes implique l'absence de société en participation. M. Vasseur note sous CA Paris 24 novembre 1989, D91 Som 37 : « *une banque et l'entreprise qui coopèrent en vue de la diffusion d'un produit créé par la banque ne deviennent par pour autant associées* ». Cette remarque vaut bien entendu pour les relations des banques entre elles.

qualification de cette société prête à discussion. Ainsi Youmna Zein considère que la qualification doit être celle de société créée de fait, car « *les banques membres d'un pool d'engagement n'auront jamais pris conscience de la constitution entre elles d'une quelconque société et auront parfois même expressément exclu une telle qualification* » [696]. Il est vrai que l'absence de conscience de constitution d'une société peut faire peser la balance en direction de la société créée de fait, mais cette dernière implique l'absence totale de conscience de la création d'une quelconque structure. Il n'en est pas ainsi, nous semble-t-il, du pool d'engagement. Celui-ci implique une organisation prévue à l'avance par les banques membres du pool. Il est vrai que l'alignement des sociétés créées de fait sur les sociétés en participation rend relatif le débat de la distinction entre les deux.

β) Les pools bancaires occultes

183. *« La syndication occulte se caractérise par l'absence de lien de droit direct entre l'emprunteur et la ou les banques membres du pool autres que le chef de file*[697] *de ce dernier »*. La sous-participation existe lorsqu' « *une banque membre d'un pool révélé (banque participante) transfère à une ou plusieurs banques (banques sous-participantes) tout ou partie de sa part dans le crédit octroyé à l'emprunteur, formant avec celles*-ci un pool occulte *antérieur ou postérieur à la convention de crédit initiale* » [698]. La syndication se retrouve lorsqu' « *une banque partie à une convention de crédit conclut avec l'emprunteur (la banque primaire) transfère à une ou plusieurs banques (banques participantes occultes) tout ou partie du crédit octroyé par elle à l'emprunteur formant avec celles*-ci un pool occulte *»*[699].

184. Pour la banque initialement liée les objectifs de ces pools bancaires occultes sont les suivants : l'allégement de la charge de trésorerie, en tant qu'instrument de refinancement, le transfert de risque, le moyen de respecter les contraintes réglementaires en matière de crédit, celui de rentabiliser les crédits à long terme grâce à la mobilisation des crédits long terme, souvent des euro-crédits, des avantages fiscaux grâce à des conventions relatives aux doubles impositions et le maintien du prestige protégé par le caractère occulte du pool.

---

[695] Mais, « *la collaboration s'arrête au moment où le contentieux avec l'emprunteur commence* », J. Bertran de Balanda, « Crédits consortiaux : quelles règles du jeu ? » JCP, Ed. E., 1994, 409, remarque qui n'a rien de spécifique aux pools bancaires !
[696] Y.Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°531, p.313.
[697] Ou manager bank.
[698] Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°718, p.426.
[699] Ibidem.

Pour le futur membre du pool, ils sont de cinq ordres : la participation à une opération de grande envergure et à plusieurs transactions en divisant les risques , la possibilité de profiter des avantages financiers sans le souci de la gestion du crédit , la banque percevant une rémunération prélevée sur celle initialement liée, l'occasion d'accéder à un marché non-ouvert, de façon indirecte, cela concernant les banques n'ayant pas accès à l'euro-marché ou celles dont l'opération envisagée n'entre pas dans le cadre de leurs activités habituelles et enfin, l'établissement en contact avec l'emprunteur. Pour l'emprunteur, l'opération repose sur la sécurité qu'elle procure en cas de défaillance de la première banque.

Lorsque le pool occulte est qualifié de société en participation, seuls ceux qui se sont engagés envers les tiers sont obligés à leur encontre, même - et c'est l'originalité des pools - si les coparticipants sont connus[700].

i) Les syndications occultes

185. Les syndications occultes peuvent être en risque, en trésorerie et en risque et trésorerie. Dans le cadre de la syndication occulte en risque, la banque, ayant conclu avec l'emprunteur, transfère tout ou partie du risque octroyé à ce dernier. La banque membre du pool s'engage à verser à la première banque les sommes empruntées en cas de défaillance de celui-ci. Il s'agit donc d'un cautionnement. Quant à la syndication occulte en trésorerie, il s'agit du transfert de tout ou partie de la charge de trésorerie. La banque membre du pool occulte s'engage à avancer les fonds nécessaires. La qualification est donc celle de contrat de prêt.

La syndication occulte en risque et en trésorerie est « *la forme la plus courante. Elle consiste pour la banque initialement liée à transférer à une ou plusieurs banques tout ou partie de la charge de trésorerie qui lui incombe en vertu de la convention de crédit conclue avec l'emprunteur en même temps que la fraction de risque correspondante* » [701]. Le pool occulte en risque et trésorerie est qualifié par la jurisprudence de société en participation, et, pour la première fois, par la Cour d'appel de Paris le 7 juillet 1975[702].

---

[700] J. Vallasan note sous CA Paris 6 juin 1996, Joly, 1996, p.1049.

[701] Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°725, p.428.

[702] CA Paris 7 juillet 1975, Gaz. Pal., 1975.II.727. « *La convention de compte à demi, contrat sui generis, s'apparente à une société en participation, par laquelle la pratique bancaire associe, généralement à l'insu du client, divers établissements financiers, au profit et au risque d'une opération* ; *la qualification des pools de société en participation n'est pas nouvelle, du moins s'agissant de l'hypothèse des pools occultes en risques et trésorerie. Elle a été pour la première fois admise par la CA Paris le 7 juillet 1975 et a généralement été confirmée depuis, sans qu'une analyse systématique des éléments constitutifs du contrat de société ne semble plus nécessaire* », à propos d'un pool occulte en risque et trésorerie, Y. Zein, note sous CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.432.

Seuls sont transférés les droits et obligations dont la banque initialement liée est titulaire. La syndication peut évoluer : de risque elle peut se transformer en risque et trésorerie. Les syndications peuvent être partielles[703], totales, préformées[704] ou post-formées.
Le caractère occulte de la syndication concerne l'emprunteur, seul ou avec son garant, toute partie à la convention d'ouverture du crédit conclue avec l'emprunteur autre que la banque initialement liée et surtout tout tiers au contrat.

ii) Les sous-participations

186. Elles peuvent revêtir deux formes. La première consiste en la sous-participation à un pool de concertation et syndication indirecte, soit partielle, soit totale. Dans ce dernier cas, les droits et obligations à l'égard de l'emprunteur appartiennent à la banque bénéficiaire du transfert ; il s'agit donc d'une cession occulte de contrat. La seconde correspond à la sous-participation à un pool d'engagement, soit partielle, soit totale, auquel cas il s'agit d'une cession occulte de la part assortie d'une convention de prête-nom.

187. Les deux sous-participations partielles peuvent être entendues en contrat de société[705]. La sous-participation partielle à un pool de concertation et syndication indirecte est qualifiée de société en participation par la jurisprudence, « *sans procéder à une recherche des trois éléments caractéristiques du contrat de société* ». Or « *n'ayant pas eu – ou du moins pas exprimé – l'intention de constituer une société, les banques membres d'un pool occulte en risque et trésorerie résultant d'une syndication (partielle) indirecte ou d'une sous-participation (partielle) à un pool de concertation peuvent donc être réputées associées dans*

[703] Seule une fraction du risque est transférée.
[704] A savoir antérieures à la conclusion du contrat de crédit avec l'emprunteur.
[705] J. Bertran de Balanda, « A la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participations bancaires » JCP, Ed. E., 1996 , 572, remet en cause la qualification de société en participation. Il considère qu'il « y a *absence d'apport, absence d'action contre les tiers et surtout qu'il s'agit de sous-participations conclues en matière de crédits-acheteurs sous l'égide de la charte AFB de 1983 (bénéficiant de la garantie Coface et de la BFCE, document prévoyant que les établissements signataires de la convention de crédit sont solidairement responsables. C'est pour éviter cette solidarité qu'on a recours à une sous-participation). Les crédits-acheteurs de montants importants sont souvent accordés par plusieurs banques regroupées en un pool qu'il est d'usage de constituer sous l'égide de la charte de 1983. Il nous semble difficile de discerner un affectio societatis puisque l'article 1.4 de la charte de 1983 stipule que, dans la gestion du crédit, le chef de file reste seul juge des mesures à prendre* ». Il en est de même de P. Bloch, « Les Euro-crédits : un instrument du système bancaire pour le financement du commerce international », in *Journées d'Etudes Internationales de Dijon,* octobre 1980, Librairies Techniques de Paris, 1981, p.166. Il est vrai que ces hésitations pourraient détruire la qualification de ces pools en sociétés en participation. Mais elles ne font que la renforcer, nous semble-t-il. En effet, bon nombre de sociétés en participation démontrent ces mêmes ambivalences ; c'est le caractère éminemment contractuel de ces sociétés qui les caractérise réellement.

une société créée de fait » [706]. Telle est la solution de Youmna Zein. Elle n'est pas totalement convaincante. Encore une fois, ce contrat ne correspond pas à la conscience zéro de la société qui sous-tend la société créée de fait. Il en résulte que la qualification effectuée par la jurisprudence est plus probante. Ainsi, « *la participation en risque et en trésorerie pour financer un projet immobilier par deux banques (80/20) entraîne une sous-participation bancaire : les sociétés se mettent d'accord pour apporter des fonds dans le but d'en partager les bénéfices au prorata de leurs apports respectifs* »[707]. Chacune contribue, si nécessaire, aux pertes. Le rôle du chef de file est limité aux contours dessinés dans le contrat de société en participation ; « *si aucune obligation d'information n'est prévue dans le contrat, le gérant n'a pas à l'assumer, d'autant plus que le coassocié est un professionnel bancaire*[708]*. En conséquence, chacun des associés contracte en son nom personnel »*[709].

188. Le chef de file ne peut évidemment restreindre les droits des coassociés[710], que le pool soit révélé ou non, car cela modifierait l'économie générale du contrat de pool et serait en contradiction avec le droit des obligations, notamment l'article 1134 alinéa 1 du Code civil[711]. Cette question est d'autant plus cruciale dans le cas d'un pool bancaire occulte, car les simples participants n'ont aucun lien direct avec le marché nécessitant le pool. On constate en corollaire que la jurisprudence tend à responsabiliser des différents participants du pool, tant le chef de file que les simples membres du pool[712].

---

[706] Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°900, p.547.
[707] J. Vallasan note sous Cass Com 24 octobre 2000, Joly, 2001, p.79.
[708] Toutefois, les banques ont entre elles un certain nombre d'obligations dont le devoir d'information, l'obligation de bonne foi et l'obligation de ne pas se nuire, Y. Zein, idem n°284, p.166.
[709] J. Vallasan, idem.
[710] CA Versailles 11 décembre 1997, Joly, 1998, p.259 note J.-J. Daigre qui rappelle que : « *si la forme de la société en participation peut convenir à de nombreuses syndications bancaires et financières, en particulier à celles qui sont occultes, elle peut difficilement s'appliquer lorsque les banques restent en relation directe avec l'emprunteur et cherchent avant tout à éviter toute responsabilité solidaire, tout du point de vue interne qu'international* ».
[711] « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».
[712] P. Edinger et C. Ardouin, « La responsabilité du chef de file d'un pool bancaire : devoir d'information – obligation de loyauté » Gaz. Pal., 2003.221. Cet article commente, entre autres, les arrêts Cass Com 17 décembre 2002 et CA Versailles 5 décembre 2002 : « *la Cour de cassation retient, en écartant la qualification de « société en participation » au profit du «* mandat d'intérêt commun *», la responsabilité du chef de file «* pour les actes qui n'étaient pas de gestion courante et qui modifiaient profondément la durée, le montant, la nature, les sûretés du prêt accordé *»…La ligne directrice de ces dernières décisions jurisprudentielles va donc dans le sens d'une responsabilisation accrue de chaque intervenant, qu'il soit chef de file ou simple membre du pool, permettant ainsi de trouver un équilibre économique et juridique dans le cadre d'une véritable loyauté des affaires* ». Cette ligne serait la même dans le cadre d'une société en participation, car le chef de file devrait alors assurer la continuité de l'économie générale du contrat.

189. La sous-participation partielle à un pool d'engagement correspond à une convention de croupier. Elle désigne « *l'opération par laquelle une banque membre d'un pool d'engagement analysé comme une société créée de fait,* [plutôt société en participation à notre avis], *transfère de manière occulte, à une banque tierce une fraction de sa part sociale, fraction équivalente en réalité à celle assumée par elle dans le crédit octroyé à l'emprunteur. Cette description rejoint parfaitement le mécanisme de la convention de croupier* »[713]. Cette qualification nous ramène à la société en participation, que nous étudierons dans le deuxième titre. Enfin, lorsque la convention de pool contient des clauses incompatibles avec le contrat de société, elles doivent dans la mesure du possible être conciliées avec celui-ci ou, à défaut, être réputées non-écrites[714].

190. L'objet de la société en participation peut donc porter sur une opération temporaire ; mais il arrive qu'il soit induit par une nécessaire répartition des compétences spécifiques de chaque participant, en raison de la compléxité croissante du monde des affaires.

Sous-section 2 : Innovation et cotraitance, le nécessaire partage de compétences

191. Le contrat de société en participation peut avoir pour objet le partage de compétences, en vue de la gestion d'une innovation ou d'une cotraitance. Ce partage nécessite un « apport », ou plutôt la mise à disposition, effectué par un associé au profit d'une société en participation, apport qui n'est pas forcément matériel. Il peut en effet être immatériel, reposant sur un savoir-faire ou combiner un « apport » immatériel et matériel[715]. Cette situation reprend les principes généraux du droit des sociétés. En effet, l'article 1843-2 du Code civil prévoit que « *les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes* ». L'associé, « apporteur » en industrie, ne peut se décharger

---

[713] Y .Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°925 p.566.
[714] Y. Zein , idem n°1033, p.655.
[715] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, 1994, p.5, n°16 : « *il est fréquent qu'une société en participation soit constituée entre un industriel, qui apporte le financement, son savoir-faire et ses moyens matériels, et le titulaire d'un brevet, qui apporte la jouissance de celui-ci».*

de sa responsabilité, même si son « apport » ne peut être agrégé au capital social[716], ce qui va de soi dans le cadre d'une société en participation, en raison de l'absence de capital social. Les juges du fond ont un « *pouvoir souverain pour apprécier le caractère fictif ou non des apports »*[717].

192. « L'apport » en industrie peut être constitué par la simple influence : dans ce cas, « l'apporteur » en industrie doit faire usage de son pouvoir et accomplir des prestations auprès des personnes qu'il peut influencer[718].

Comme la société en participation n'a pas la personnalité morale, elle n'a pas de capital social. Cette situation met, dès lors, au même plan les mises à disposition en industrie ou en nature… Les participants fixent librement les clés pour la répartition des bénéfices ou des pertes, en vertu de l'article 1871 alinéa 2 du Code civil. Toutefois, « l'apport » en industrie ne suffit pas à lui seul pour établir l'existence de la société[719].

Les « apports » de savoir-faire sont par conséquent fréquents dans le monde des sociétés en participation[720]. Ils sont présents dans les sociétés créées dans le cadre d'une stratégie d'innovation[721]. « *Innover signifie se placer en rupture avec les modes d'action préétablis. L'organisation innovatrice ne peut donc s'appuyer sur aucune forme de standardisation pour coordonner ses activités. En d'autres termes, elle doit, donc, éviter tous les pièges de la structure bureaucratique et notamment la division poussée du travail, la différentiation marquée entre les unités, les comportements trop formalisés et l'utilisation intensive des systèmes de planification et de contrôle. Elle doit, ainsi, avant toute chose, rester flexible »*[722].

---

716 Cass Civ 1ère 29 novembre 1994, RJDA, 1995, n°171.

717 CA Paris 5 juillet 1994, RJDA, 1994, p.1009.

718 J.-C. Hallouin, Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, D.1998 Som 391 ; « *à condition qu'il ne s'agisse pas de relations banales et qu'elles aient une consistance particulière »*, J.-J.Daigre, Joly, 1997, p.992 ; Cass Civ 1ère 16 juillet, 1997, Droit des Affaires, 1997, p.1158 ; Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Defrénois, 1998, p.669 note J. Honorat et H. Hovasse, Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Droit des Sociétés, 1997, n°170 note T. Bonneau, Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Revue des Sociétés, 1998, p.71 note R. Baillod : « *de nature à faciliter effectivement ses relations d'affaires et par suite la réalisation des objectifs sociaux »* ; Y. Guyon, *Droit des Affaires*, tome 1, 8ème édition, n°107 : « *le crédit commercial d'une personne, c'est à dire le capital confiance dont celle-ci dispose par sa renommée ou ses qualités personnelles, peut être apporté à la société. En revanche, l'apport d'un crédit politique serait nul car contraire à l'ordre public, comme dissimulant un trafic d'influence».*

719 R. Baillod, note sous Cass Com 8 février 2002, Joly, 2000, p.661 : « *il n'y a pas de société sans entreprise commune*.».

720 Cass Req. 18 mai 1896, DP 1897.1.249 : la société avait été créée pour la gestion d'un fonds de commerce ; l'un des associés apportait le matériel et les marchandises, l'autre « *son temps et ses soins*.».

721 Selon l'étude du CESAG, Strasbourg, « *17,02 % des accords de coopération noués entre entreprises françaises et allemandes concernent la fonction recherche et développement* » S. Urban et U.Mayrhoffer, « Les stratégies de rapprochement des entreprises françaises et allemandes en Europe : tendances et perspectives », publication du CESAG, Strasbourg, janvier 1999, p.34.

722 H. Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Editions d'Organisation, novembre 1998, 2ème tirage 1999, p.288.

193. Certains accords de coopération liés à la recherche et développement sont des alliances stratégiques entre des multinationales. Plus de la moitié des brevets déposés dans le monde seraient issus de ces alliances[723]. C'est pourquoi nous envisagerons dans un premier paragraphe les accords liés à la stratégie d'innovation.

194. Les accords de savoir-faire sont aussi inhérents aux groupements momentanés liés au bâtiment et des travaux publics[724]. Dans de telles participations, des « apports » en jouissance peuvent aussi être effectués[725]. Ainsi, « *la société en participation peut être utilisée pour des opérations lourdes, s'étalant dans le temps sur plusieurs années, voire pour une durée illimitée, de caractère industriel. Dans le secteur du bâtiment, très nombreuses sont les sociétés en participation constituées pour la soumission et l'exécution d'un marché* »[726]. Nous étudierons donc dans un deuxième paragraphe les accords de cotraitance.

§ I) La stratégie d'innovation : les sociétés d'étude ou syndicats de recherche

195. Lorsque la veille concurrentielle ou environnementale permet à une entreprise de déceler une opportunité ou un risque sur son environnement, il lui faut réagir. L'un des modes privilégiés de cette réaction est la stratégie d'innovation. Les rapprochements noués pour répondre à cette problématique sont des alliances de ré-engineering conclues « *entre des partenaires souvent contraints d'offrir à leurs clients des produits de plus en plus performants, voire de plus en plus personnalisés* »[727].

---

[723] W. Andreff, *Les multinationales globales*, La Découverte, Repères, 1996, p.52 et 57.

[724] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés 1994, p.5, n°16 : y compris les « *opérations de construction d'usine* « clefs en main »».

[725] P. Durand et J. Latscha, *Les groupements d'entreprises*, Librairies Techniques, collection Droit et Gestion, dirigée par François Terré, 1973, p.16 : « *imaginons par exemple que plusieurs entreprises de travaux publics décident de créer entre elles une société en participation en vue de réaliser un barrage en Afrique. Pour réaliser cet objet, il sera nécessaire de mettre à la disposition de la société le matériel voulu qui, par hypothèse, se trouve entre les mains de chacun des associés, chacun disposant d'un ou plusieurs éléments nécessaires pour réaliser l'ensemble. Chaque membre conservera la propriété de son matériel, mais en apportera la jouissance à la société en participation, de telle sorte que la société pourra en user, sans que la propriété soit transférée par le membre considéré, celui-ci, à l'expiration de la société, reprenant son matériel qui aura toujours été sa propriété* ».

[726] J.-J. Daigre , idem.

[727] B. Claverie , « Les choix stratégiques : les stratégies interentreprises », in *Les stratégies d'entreprises*, Les Cahiers Français, La Documentation Française, mars-avril 1996, p.100. Cet auteur cite notamment l'alliance conclue entre Bouygues et Lafarge pour le développement des nouveaux bétons.

196. La Commission européenne a élaboré un règlement[728] instituant les conditions auxquelles doit répondre l'accord de recherche et développement. Le Règlement[729], dans son article 2 – 4ème, définit la recherche et développement comme « *l'acquisition d'un savoir-faire, la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentations, y compris la production expérimentale et les tests techniques de produits ou procédés, la réalisation des installations nécessaires et l'obtention de droits de propriété intellectuelle y afférents* ». Ce genre d'accord bénéficie d'une exemption générale, dans le cadre de la réglementation communautaire des ententes, dans la mesure où tous les résultats des travaux sont accessibles aux différents partenaires à l'accord, que chacune des parties doit pouvoir exploiter indépendamment les résultats et connaissances techniques préexistantes, dans le cadre d'un accord ne visant que la recherche et développement en commun, que « *l'exploitation en commun doit concerner des résultats protégés par des droits de propriété intellectuelle ou constituant un savoir-faire qui contribue de manière substantielle au progrès technique ou économique. Ces résultats doivent en outre être déterminants pour la fabrication de produits ou l'utilisation de procédés visés au contrat* ». Enfin qu'en cas de spécialisation des parties à l'accord, chacune doit pouvoir satisfaire « les demandes de livraison » de toutes les parties, lorsque l'accord de recherche et développement envisage la distribution en commun. L'exemption s'applique pour la durée de l'accord et pour sept ans en cas d'exploitation en commun des résultats de cette recherche. Ce règlement d'exemption a été mis à jour le 1er janvier 2011[730], prévoyant d'une part une échéance le 31 décembre 2022 et d'autre part l'élargissement de son champ d'application[731].

---

728 Règlement 2659/2000 du 29 novembre 2000, JOCE, 2000, L304 et Mémento Francis Lefebvre *Communauté Européenne* 2002-2003, n° 3085 et suivants.

729 Il prévoit aussi un certain nombre de clauses interdites, dont la limitation de la production ou des ventes, les restrictions relatives à la fixation des prix, la restriction de la clientèle au bout d'une période de sept ans à compter de la mise sur le marché des résultats…

730 Commission UE, règlement n°1217/2010, du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'UE à certaines catégories d'accords de recherche et de développement : JOUE 18 décembre 2010 p.36.

731 P. Wilhelm et V. Lorieul, « Etude du nouveau paquet restrictions horizontales », Contrats, Concurrence, Consommation, 2011, p.7 : « *l'objet du règlement est précisé par l'introduction de deux nouvelles définitions visant à permettre une plus grande flexibilité dans la coopération des parties à un accord de recherche et de développement. Il faut ainsi entendre par* « spécialisation en recherche et développement » *la situation dans laquelle les parties participant aux activités de recherche et de développement se répartissent les travaux de manière qu'elles jugent la plus appropriée. Par ailleurs, la* « spécialisation en exploitation » *désigne l'hypothèse où les parties se répartissent les tâches comme la production et la distribution ou s'imposent des restrictions relatives à l'exploitation des résultats portant par exemple sur un certain territoire, une certaine clientèle ou un domaine d'utilisation. Concrètement, cette précision permet désormais aux parties à un projet de recherche et de développement de se prévaloir des dispositions du règlement lorsque l'une d'elle vend seule les produits issus de l'accord sur la base d'une licence exclusive de l'autre partie* ».

L'innovation correspond aux opérations phares des adhocraties. C'est pourquoi, nous nous interrogerons sur l'utilisation des sociétés en participation en cette matière, puis sur les modalités de financement même des ces adhocraties.

1° L'innovation

197. L'innovation requiert trois paramètres : un besoin repéré par la veille et relatif à des attentes mal ou non-satisfaites émanant de la clientèle, un concept qui correspond à l'élaboration d'une ou plusieurs solutions en réponse au besoin insatisfait et enfin une technologie, à savoir l'ensemble des techniques nécessaires à cette réponse.

198. L'OCDE[732] la définit comme « *la transformation d'une idée en un produit vendable nouveau ou amélioré, ou en processus opérationnel dans l'industrie ou le commerce, ou en une nouvelle méthode sociale. Ainsi, elle couvre toutes les mesures scientifiques, techniques, commerciales et financières nécessaires pour assurer le succès du développement et de la commercialisation de produits manufacturés nouveaux ou améliorés, pour permettre l'utilisation commerciale de procédés et de matériels nouveaux ou améliorés ou pour introduire une nouvelle méthode de service social* ». Sous le terme d'innovation sont sous-entendus des processus très différenciés.
Le premier cas est l'innovation de rupture ou l'innovation majeure. Elle coïncide avec une nouveauté incontestable ou une modification substantielle, fondamentale, d'un produit. Le processus originel est alors « l'invention ». Elle trouve sa source dans la recherche et le développement, voire dans la recherche fondamentale. Le deuxième processus est l'innovation incrémentale ; il s'agit d'une modification importante du produit, sans pour autant remplacer le produit ancien. C'est dès lors une novation . Le troisième est l'innovation organisationnelle, une nouvelle méthode permettant d'améliorer l'efficience ou l'efficacité de l'entreprise. Le dernier cas est l'innovation mineure. Elle porte sur les attributs secondaires du produit.

199. La société en participation créée pour découvrir ou gérer une innovation porte essentiellement sur l'innovation de rupture ou majeure. Elle permet de mettre au point des techniques nouvelles. Sa forme juridique est particulièrement adaptée à la nécessaire

[732] Organisation de Coopération et de Développement Economique, Manuel de Frascati, *La mesure des activités scientifiques et techniques*, 1981, Paris, p.24.

souplesse inhérente à la recherche, surtout lorsque cette dernière est effectuée en collaboration avec un partenaire institutionnel non-commercial. Ainsi, le groupe Würth[733] a constitué une société en participation avec le Centre de Recherche sur l'énergie solaire et l'hydrogène (ZWS) de Stuttgart et l'Energie Baden-Wurtemberg AG (EnBW) de Karlsruhe. L'objet du recours au contrat de société en participation est la construction et l'exploitation de cellules solaires en souche mince par une installation pilote[734]. Sa mention dans les comptes annuels de la société, certes obligatoire, permet - outre d'informer les actionnaires - d'être un argument de son dynamisme, et donc de son potentiel stratégique et commercial auprès des tiers bénéficiaires de cette information. L'objet même de cette recherche démontre sa conception « d'entreprise citoyenne ». « *La vitalité de la fonction développement est directement liée à celle de l'entreprise tout entière. Cela tombe d'ailleurs sous le sens si l'on analyse le but même d'une affaire. Les entreprises n'existent vraiment que pour produire et offrir ces produits au consommateur, dans un processus d'échange profitable pour tous. Le produit est primordial : c'est à travers lui qu'une entreprise communique une valeur au consommateur. Dès qu'une société néglige ce dernier, le développement s'en ressent, devient rigide et inefficace ; le portefeuille de produits vieillit, la concurrence gagne du terrain et prend la tête. Comme le disait Mc Kenna :* « en marketing, vous possédez ce que vous dominez ? Etre leader est synonyme d'être possesseur »[735] ». La société en participation devient dès lors un argument de communication. Il en est de même de la mention sur le site Internet de la création et l'existence de la société en participation. A titre d'exemples, il est possible de citer les créations de sociétés en participation, dans des domaines de pointe, tels que la constitution d'outils logiciels pour l'ingénierie financière[736], les travaux sur les modules poly-métalliques[737], le développement de « *polymères commerciaux à partir de ressources renouvelables annuellement, telles que des céréales* »[738], les technologies liées à l'ADSL[739] ou à la téléphonie mobile[740]…

---

[733] Groupe allemand spécialisé entre autres dans la visseries et les éléments de fixation.
[734] Rapport d'activités du groupe Würth, 1998, p.22.
[735] A. Hiam-Charles Schewe, *MBA Marketing, Synthèse des meilleurs cours américains ; les outils*, Editions MAXIMA Laurent du Mesnil, France, 1994.
[736] Trium Equities et Derivatives, constitution d'une société en participation en 1996 : www.trium-sxwingtrading.com.
[737] Création en 1974 de la société en participation Association Française d'Etude et de Recherche des NODules océaniques (AFERNOD) : www.ifremer.fr. *AFERNOD centralise et gère l'ensemble des travaux réalisés et les résultats obtenus sur les gisements de nodules polymétalliques.*
[738] Cargill Dow Polymers créée le 11 janvier 2000 entre Cargill Incorporated et The Dow Chemical Company, société en participation à 50/50 : www.cdpoly.com.
[739] http://www.cisco.com/global/CA/newsroom/releases/rhythms_fr.shtml : « *Rhythms Canada Inc est une nouvelle société en participation 50/50 de la filiale active OPTEL Communications Corp. (OPTEL) et Rhythms NetConnections Inc* ».

200. L'objectif, en s'alliant, est de limiter les risques particulièrement élevés d'échec de l'innovation[741]. Ces risques d'échec reposent souvent sur la méconnaissance d'un savoir-faire technologique et commercial en raison même de l'inexistence de ce savoir-faire, cause du recours au contrat de société en participation. Or, « *l'adhocratie doit recruter et donner du pouvoir à des experts, des professionnels dont les connaissances et les qualifications ont été hautement développées dans des programmes de formation* »[742].

L'accord de coopération entre deux entités constitue une synergie, gage de succès de l'innovation : chacun apporte ses compétences propres au profit de la structure ad hoc[743]. L'objet de la synergie est le redéploiement de l'entreprise « *dans une ou plusieurs directions : matériaux, matériels, procédés, marchés* »[744]. La phase de conception porte sur l'idée, la recherche proprement dite, mais aussi sa faisabilité et les prototypes et pré-séries. Cette association permet de « *partager les coûts et de limiter les risques, mais n'est envisageable qu'entre des entreprises parfaitement d'accord sur les moyens à mettre en œuvre et les axes de recherche-développement* »[745]. Cela implique au préalable un engagement portant sur les frais des études et le secret de la recherche. Seul l'un des associés est en rapport avec les tiers, notamment les fournisseurs. Ces sociétés d'étude ou syndicats de recherche sont le prélude à une société nouvelle, prévue par les statuts du syndicat et dans laquelle chaque participant se voit attribuer des actions[746]. Le syndicat de recherche n'est, en effet, pas suffisant pour assurer la pérennité de l'invention sur le marché. L'un des points faibles du syndicat de recherche est dès lors révélé. Adaptée à la phase recherche, la société en participation ne l'est plus pour son exploitation, en raison notamment de l'absence de patrimoine social.

---

[740] Vizzavi, société en participation créée à 50/50 entre Vodafone group, premier opérateur de réseau de téléphonie mobile, et Vivendi Universal, premier group de média en Europe, http://fr.gsmbox.com

[741] De l'ordre de 90% , selon l'étude Booz, Allen et Hamilton, J-J Lambin, *Le Marketing Stratégique,* Mc Graw Hill, citée dans *Mercatique et Action Commerciale*, Ugo Brassart et Jean-Marie Panazol, Hachette Technique, 1998.

[742] H. Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation novembre 1998, 2ème tirage 1999, p.290.

[743] Pourtant, « *les alliances stratégiques, qui unissent des partenaires effectuant de la recherche et développement en commun ou produisant un composant ensemble, sont bien plus souvent que les autres types d'alliances, interrompues avant l'achèvement du projet commun. Même lorsque ces alliances sont menées à terme, les partenaires choisissent rarement de les reconduire. Cette issue reflète les difficultés de management que rencontrent fréquemment les alliances de cointégration : les économies d'échelle et gains réalisés ne suffisent pas à compenser les problèmes inhérents à la gestion d'un projet à plusieurs* », selon P. Dussauge et B. Garrette, « Anticiper les conséquences des alliances stratégiques », Revue Française de Gestion, juillet-août 1997, p.106.

[744] A. Dayan, *Marketing Industriel*, Vuibert Gestion, 1990, p.109.

[745] J.Lachmann, *Le financement des stratégies de l'innovation*, Economica, 1993, p.81.

[746] J.Derrupé, « Société en participation », Jurisclasseurs Sociétés, Traité fascicule 44-10 à 44-40.

2° Le financement de l'innovation

201. Quatre modes de financement de la recherche nationale ou internationale sont possibles : l'achat de technologie à un concepteur, le parrainage d'activités de recherche, la coopération avec des entreprises locales et la création ou l'acquisition de laboratoires. « *Une entreprise peut financer des travaux menés dans une université ou, à l'occasion, par une autre entreprise…La recherche parrainée constitue plutôt une première étape, permettant de commencer à rassembler des informations sur l'environnement de la recherche dans un pays nouveau… Les accords de coopération avec des entreprises locales peuvent aller de la création d'une véritable société en participation, dotée d'une organisation propre, à des contrats à court terme prévoyant la formation de personnel dans des laboratoires étrangers…* »[747]. La différence entre la société en participation et les contrats court terme ne repose pas, nous semble-t-il, tant sur le délai que sur la répartition des fruits de la recherche. Cette dichotomie se retrouve dans les contrats de travaux publics.

L'entrepreneur peut utiliser des modes de financement classiques : l'autofinancement et/ou les emprunts auprès d'organismes financiers. Pour l'autofinancement, comme l'innovateur doit compter essentiellement sur ce mode de financement, l'alliance entre entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises dans l'impossibilité d'engager seules les ressources nécessaires, devient vitale. Cela devient un mode d'accès à une technologie nouvelle à un coût supportable. Quant aux emprunts, ces adhocraties nécessitent des financements adéquats, souvent particulièrement risqués pour les banques, en raison des potentialités d'échec des innovations. C'est pourquoi, ces emprunts impliquent quelquefois la mise en place de pools bancaires qui sont eux-mêmes des contrats de société en participation.

L'innovation fait donc preuve elle-aussi de novation quant aux financements grâce aux mesures directes émanant de l'Etat ou d'organismes publics telles que les aides fiscales (crédit-impôt recherche), les aides diverses de l'OSEO[748]…, mais aussi grâce aux opérations de capital-risque, dont la venture-capital… L'une des originalités du financement de

---

[747] J. Penner-Hahn, « L'art de la stratégie : pourquoi les activités de R&D s'internationalisent » in dossier *L'art du Management, Les Echos*, 2005.

[748] L'OSEO correspond entre autres à l'ancienne ANVAR (Agence Nationale pour la VAlorisation de la Recherche). L'OSEO dépend dorénavant de la Banque Publique d'Investissement (BPI) qui est un organisme public chargé de garantir le financement des PME, des entreprises de taille intermédiaire et des entreprises innovantes. La BPI est détenue à parts égales par l'Etat et la Caisse des Dépôts et Consignation. Son but est d'intervenir dans le contexte de resserrement du crédit, en regroupant les services financiers d'OSEO (banque de prêt aux PME et de soutien à l'innovation), de la CDC Entreprises et du Fonds Stratégique d'Investissement, lequel intervient auprès des PME - PMI innovantes par des prises de participation. Son budget est supérieur à celui de la Défense : 42 milliards d'euros ont 20 milliards estinés à être prêtés et 10 milliards consacrés à des investissements.

l'innovation vient des Etats-Unis. Il s'agit du « Research and Development Partnership Limited ». Cette association de partenaires, « partnership », est créée pour « *regrouper les capitaux apportés par chacun des membres et financer les frais de recherche-développement* ». Elle ne joue qu'un rôle d'intermédiaire. Des partenaires financiers concourent à l'opération, au profit de la société de recherche sous contrat. Le « *partnership utilise des fonds qui lui sont apportés pour mener à bien la recherche-développement sans contrepartie de recettes, du moins durant les premières années, ce qui permet de transmettre aux investisseurs la perte fiscale ainsi générée* »[749].

Dans certains cas, l'innovation est aussi financée par des sociétés spécialisées en financement d'innovations ayant elles-mêmes la forme juridique de société en participation[750]. Ces sociétés en participation sont bien souvent des pools bancaires.

L'innovation apparaît comme emblématique de l'adhocratie. C'est en effet, l'innovation en temps de guerre qui a été à l'origine de la thèse du professeur Henry Mintzberg. Mais un autre domaine phare des adhocraties doit d'être étudié : la cotraitance.

§ II) Les groupements momentanés : la cotraitance

202. *« Planter son drapeau sur les chantiers de travaux publics internationaux sans y laisser sa santé financière… Des chantiers de plusieurs années, des réalisations prestigieuses, voire spectaculaires, des montants financiers à donner le vertige. Et des risques énormes »*[751]. Tels sont les grands contrats de travaux publics. Aussi, pour la construction en 1990 du métro d'Athènes, se sont réunis Dumez, Spie-Batignolles et Sogea, sous la forme de joint-venture. Les raisons sont évidentes : « *en effet, de contrats de construction, à l'origine, on a évolué vers une responsabilité intégrée incluant la conception et la mise en place du financement,*

[749] J.-J. Lachmann, *Le financement des stratégies de l'innovation*, Economica, 1993, p.179.
[750] Voir le site du Mitteldeutsche Zeitung 1999 : Ainsi, une PME allemande, Dr. Niebuhr GmbH, qui a développé un appareil de mesure permettant l'élaboration des métrés, a bénéficié d'une aide d'un million de marks de la part de la société en participation d'innovations Saxe Anhalt (Innovations - und Beteiligungsgesellschaft, IBG). Le siège social de situe à Magdeburg. En l'occurrence, les fonds proviennent d'un financement du Land et d'un établissement de crédit pour la reconstruction.
[751] C. Bozon, « Des contrats de plus en plus durs pour les grands chantiers » *L'Usine Nouvelle*, n°2341 du 28 septembre 1991, p.40.

avec des obligations de performance, voire des obligations de formation du personnel d'exploitation pour les opérations industrielles, le tout clé en main et souvent à un prix forfaitaire établi dans un cadre de compétition accélérée (fast track), 20 % à 30 % plus vite qu'un projet normal, alors même qu'ils étaient de plus en plus complexes, les plus grands nécessitant l'établissement de plus de cent mille documents techniques »[752].

203. Cette association d'entreprises prend une réelle ampleur au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, pour assurer la reconstruction. « *Il n'est pas nécessaire que tous les entrepreneurs soient parties à un marché de travaux… Une circulaire du Ministre de la Reconstruction du 7 août 1947 indiquait déjà :* « dans certains cas, vous vous apercevrez que l'entreprise avec laquelle vous traitez n'est en réalité que la gérante des intérêts d'autres entreprises groupées en association en participation ; vous n'avez pas, en principe, à connaître ces sortes d'associations qui possèdent un caractère occulte à l'égard des tiers ». *Une société en participation peut également être constituée entre des entrepreneurs titulaires de marchés séparés. Le plus souvent, pourtant, ce sont les co-titulaires d'un même marché qui établissent entre eux des sociétés en participation* »[753]. En tout état de cause, il faut au préalable que le maître d'ouvrage[754] n'ait pas divisé le marché en lots distincts[755].

204. Quel que soit le mode juridique choisi, le groupement reste informel[756], depuis l'avortement du statut légal des groupements momentanés d'entreprises, en 1976. La réforme du Code des marchés publics a pour objectif « *d'unifier les règles applicables aux*

---

[752] F. Jolivet, responsable de grands projets de construction pour Spie-Batignolles (autoroutes, bâtiments, centrales nucléaires, tunnel sous la Manche), conférence sur « Les grands chantiers : les leçons de la gestion de l'extrême », Les Amis de L'Ecole de Management de Paris, http://www.ecole.org : « *pour les projets réalisés en association, il n'était pas question de partager le travail lorsque les associés faisaient le même métier : on faisait une seule organisation, une joint-venture, dans laquelle les associés avaient une part dans les résultats, sous une tutelle intégrée, avec un directeur de projet unique… La joint-venture n'existant pas en droit français, nous faisons une société en participation pour l'activité en France».*

[753] J.-P. Babando, « Marché de travaux, société en participation et cotraitance », MTP, n°4903 du 14 novembre 1997 , p.74.

[754] Ces travaux impliquent l'intervention de différents partenaires :

- le maître d'ouvrage, propriétaire de l'ouvrage en construction. Il détermine le cahier des charges ;
- « *le maître d'œuvre assurant le rôle d'ensemblier et de coordinateur de la réalisation de l'ouvrage : organisation des appels d'offres sur les différents lots, choix des contractants, planification des travaux et suivi et contrôle de ces derniers ;*
- *les responsables des lots assurant chacun séparément leur part de la construction* », V. Giard, « De nouvelles formes d'organisation pour l'entreprise- gestion et management de projets », in *Management et organisation des entreprises*, Les Cahiers Français, la Documentation Française, juillet-septembre 1998, p.32.

[755] J. Michon, « Constituer un groupement », MTP, n°5018 du 28 janvier 2000, p.188.

[756] Voir l'article comparant le groupement momentané d'entreprises et la société en participation de S. Levet-Veyrier, « S comme société en participation », MTP, n°5192, du 30 mai 2003, p.133, notamment au regard de la fiscalité du groupement : « *le GME ne dispose pas non plus de la personnalité fiscale et ne réalise pas de résultat à la différence de la société en participation. Celle-ci peut donc réaliser des bénéfices et des pertes».*

collectivités locales et celles applicables à l'Etat et de supprimer la superposition, source de complexité, entre les règles d'origine nationale et les règles d'origine communautaire »[757]. Cette réforme a bien évidemment des effets sur l'opportunité de constituer des sociétés en participation ayant pour objet la soumission d'un marché public.

1° L'argumentaire pour la cotraitance

205. Les chantiers de bâtiments et de travaux publics se caractérisent par l'intervention de plusieurs métiers mais aussi par les investissements conséquents pour aboutir à la construction désirée par le maître d'ouvrage. « *Certains ouvrages nécessitent une intervention en symbiose des équipes de certains associés ou lorsque du matériel onéreux doit être acheté et utilisé en commun »*[758]. Ainsi, ces groupements naissent pour que les entreprises puissent assumer au mieux leur lot dans la construction. Ils correspondent au partage de compétences

---

[757] S. Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics analysé point par point ; les nouvelles procédures de passation des marchés publics ; une épine dorsale entre rationalisation et simplification », MTP, n°5091 du 22 juin 2001, p.11.
La réponse ministérielle du 27 mars 2003, JO Sénat du 27 mars 2003 : « *il est envisagé d'aligner les seuils de passation des marchés formalisés sur les seuils prévus par les directives communautaires. Par ailleurs, il convient de noter que, d'ores et déjà, les marchés d'un montant inférieur à 90 000 € HT ne font plus nécessairement l'objet d'une délibération préalable et n'ont pas à être transmis au contrôle de légalité* ».
Ajoutons que la réforme de janvier 2004 du Code des Marchés Publics repose sur cinq axes majeurs :

- la responsabilité accrue des personnes publiques qui doivent, quel que soit le montant des marchés en cause, respecter trois principes fondamentaux : la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures. Ce sont les collectivités locales qui devront apporter la preuve du respect de ces principes ;
- le dialogue et la négociation autorisés entre les personnes publiques et les entreprises ;
- la réduction des délais de procédure ;
- la simplification et l'allégement des dossiers, notamment quant aux attestations à produire ;
- l'application des nouveaux seuils. Seuls les marchés supérieurs à 150 000 € pour l'Etat et 230 000 € pour les collectivités publiques, au lieu de 90 000 € antérieurement, sont soumis aux règles de procédures obligatoires. Il faut néanmoins constater que ces seuils sont plus stricts que celui de la future directive européenne (5.9 millions d'euros).

Les seuils ont été réévalués le 1er janvier 2012. Le marché n'est plus soumis à publicité et à mise en concurrence s'il ne dépasse pas 15 000 €. Entre 15 000 et 90 000 €, les formalités sont simplifiées, notamment en terme de publicité. A partir de 90 000 €, il existe une procédure adaptée applicable selon une fourchette différenciée selon les types de marchés publics :

- jusqu'à 5 000 000 € pour les marchés de travaux,
- jusqu'à 130 000 € pour les marchés de fournitures et de services pour l'Etat et les établissements publics administratifs nationaux,
- jusqu'à 200 000 € pour les marchés de fournitures et services pour les collectivités territoriales et les établissements industriels et commerciaux locaux,
- jusqu'à 400 000 € pour les marchés de fournitures et de services passés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Au-delà de ces montants, la procédure est formalisée, avec entre autres la publication de l'appel d'offre au journal officiel de l'Union européenne.
[758] J.-P. Babando, « Entreprises, comment utiliser la société en participation », MTP, n°4967 du 5 février 1999, p. 46.

des différents corps de métiers et de leur propre contribution financière[759]. Chacune des entreprises suit la ligne commune fixée par le maître d'ouvrage dans le cahier des charges. La cotraitance permet la synergie liée à la mise en commun de la logistique et, quelquefois, la comptabilité de l'opération. Le groupement correspond à une alliance technologique qui a pour objectif de rendre complémentaires les fonctions, notamment de production en matière de construction ou de travaux publics. Un tel groupement peut être créé dans le cadre d'un contrat de sous-traitance[760]. Ces structures sont de fait des alliances de complémentarités[761]. L'importance de cette mise en commun des moyens de production et le mode de répartition des fruits de l'opération permettront de déterminer la nature juridique du groupement.

206. Ces groupements facilitent en outre l'accès aux marchés internationaux. On constate néanmoins que « *malgré la volonté des instances européennes de voir le marché européen s'ouvrir directement à la concurrence des entreprises de l'Union, celles qui actuellement réalisent des travaux à l'étranger, ne le font pas le plus souvent à la suite de la conquête directe d'un marché, mais en s'associant avec une entreprise locale qui connaît mieux le contexte du pays concerné* »[762]. Les contrats créés à cet effet sont des sociétés en participation, la société de droit civil allemand du *BGB-Gesellschaft*, l'association momentanée de droit belge, le partnership… L'une des raisons de cet état de fait est liée au recrutement du personnel salarié pour l'opération : l'association avec une entreprise locale permet souvent d'embaucher un personnel mieux qualifié et « *d'éviter de recruter dans les bars* »[763]. La stratégie mise en place est qualifiée « *d'alliance de conquête des marchés : ces alliances ponctuelles ont un double objectif de conquête des marchés éloignés, souvent jugés difficiles à pénétrer, et de développement de technologies combinées* »[764].

---

[759] Voir l'annexe 4-3. Il est d'ailleurs envisageable de séparer les fonctions de Directeur des travaux de celles du chef de file, « gérant », en raison de l'ampleur des de travaux publics en cause, objet de la société en participation.

[760] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, p.277, note Jocelyne Vallansan : « *un contrat de sous-traitance a été conclu entre la société GCL, entreprise principale, et les sociétés TRAFITEL et RTCS « agissant conjointement » en « groupement momentané d'entreprises », la société TRAFITEL étant désignée comme mandataire commun* ».

[761] Voir l'article de B. Claverie , « Les choix stratégiques : les stratégies inter-entreprises », Les stratégies d'entreprises, Les Cahiers Français, La Documentation Française, mars-avril 1996, p.99.

[762] J.-P. Babando, « Europe des contrats ; modalités d'une coopération interentreprises », MTP, n°5008, du 19 novembre 1999, p.74.

[763] Expression de l'entreprise Bouygues citée dans l'article de C. Bozon, « Des contrats de plus en plus durs pour les grands chantiers » *L'Usine Nouvelle*, n°2341 28 septembre 1991, p.40.

[764] B. Claverie, idem.

2° La cotraitance et la société en participation

207. *« Tout partenariat ne crée pas ipso facto une société commerciale »*[765]. La cotraitance des marchés et travaux publics peut prendre la forme d'un Groupement Momentané d'Entreprises (GME) conjoint[766] ou solidaire[767], d'un GIE ou GEIE ou d'une société en participation. Les entreprises vont ainsi déterminer leur solidarité dans l'opération en cours. Les options sont « *la mise en commun des moyens et des résultats* ou *la rémunération de chaque entreprise pour sa part de travaux »*[768].

Reste à déterminer l'économie de l'opération au regard des participants, mais aussi spécifiquement de son mandataire.

a) La situation des participants

208. L'affectio societatis doit sous-tendre la société en participation. Sa présence peut être mise en évidence par le fait que les entreprises assument ensemble la responsabilité commune des travaux.[769]. Il s'agit dès lors de la perception consciente de l'opération en commun. Elle

---

[765] C. Champaud et D. Danet note sous CA Versailles 4 mai 1999, RTD Com, 1999, p.689 à propos d'un contrat de partenariat : une société de services avait exécuté, en sous-traitance, un important contrat passé par une société concurrence (impartitrice) avec un Etat étranger.

[766] C. Emery, *Passer un marché public*, Delmas, 1ère édition, novembre 2001, p.217 : « *les entreprises membres d'un groupement conjoint doivent naturellement faire la preuve qu'elles disposent des capacités nécessaires à l'exécution du marché, chacune en ce qui concerne le lot ou la part du marché dont elle aura la charge* ».

[767] C. Emery, ibidem : *« les entreprises doivent non seulement démontrer leurs capacités à exécuter leur part du marché, mais elles doivent également établir qu'elles seront à même de se substituer aux entreprises du groupement qui viendraient à être défaillantes en cours d'exécution, comme l'exige la clause de solidarité qu' elles ont souscrite. Chacune des entreprises doit être capable pour le tout et non pas seulement pour la part qui lui reviendra effectivement dans le marché* ». Cette solution apparaît à première vue comme guère favorable aux PME, bien souvent spécialisées sur un métier. Mais cet engagement est purement financier. Il implique néanmoins une surface financière difficile à constituer pour une PME. Les PME souffrent en effet d'un haut de bilan peu compatible avec les exigences de cette solidarité. Mais le décret du 7 mars 2001 prévoit un certain nombre de *« mesures favorisant l'accès aux PME à la commande publique : formalisme allégé, relèvement des seuils, allotissement…* », Relations Etat - Service Public « Présentation sommaire du nouveau Code des marchés publics », (www.manche.pref.gouv.fr). En tout état de cause, la Cour administrative d'appel de Paris a *« estimé que la solidarité est limitée à la responsabilité contractuelle dans l'exécution du marché. La même solution semble valoir aussi pour les groupements solidaires* », Jean-Pierre Babando, « Groupement d'entreprises, déterminer l'étendue de la solidarité » MTP n°5139 du 24 mai 2002 p.70. Quant à l'instruction d'application des règles du nouveau code des marchés publics, elle « *vient préciser que la solidarité existant au sein d'un groupement d'entreprises est purement financière et n'implique pas que chaque entreprise ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché* », Jean-Pierre Babando, « Groupements et marchés publics, quand les prestataires se rassemblent…les nouveaux groupements d'entreprises sont arrivés », MTP n°5111 du 9 novembre 2001, p.86.

[768] J.-P. Babando, « Europe des contrats ; modalités d'une coopération interentreprises », MTP, n°5008 du 19 novembre 1999, p.74.

[769] Y. Guyon note sous CA Besançon 18 mai 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.112 : « *la Cour de Besançon a refusé d'admettre pour défaut d'affectio societatis l'existence d'une prétendue société créée de fait entre des entreprises qui avaient désigné un mandataire commun chargé de les représenter auprès du maître de l'ouvrage.*

implique des « apports » financiers, en nature ou en industrie. Ces derniers sont effectifs avec la quote-part de travail dans l'aventure d'un ou des participants. La jurisprudence a déterminé le cas de sociétés créées de fait. L'affectio societatis se dégagerait du comportement du groupement constituant un « *fait social* »[770]. Ce fait social serait mis en évidence par « *la réunion des éléments du contrat social* », dont notamment un compte bancaire commun[771]. Cette jurisprudence va aussi établir l'existence ou non d'une société en fonction du mandataire unique, dès lors que les responsabilités de ce dernier englobent toute l'activité de l'opération. Or cette notion de mandataire renvoie à la notion contractuelle des sociétés. La jurisprudence faisait réellement *« preuve d'une certaine sévérité dans l'admission d'une société créée de fait : elle refuse la qualification de société créée de fait même lorsqu'il ne manque qu'un seul des éléments constitutifs de celle-ci »*[772]. La Cour de cassation a quelque peu inversé cette tendance par son arrêt du 20 novembre 2001. Elle considère en effet que *« le groupement* est *constitutif, sauf stipulation contraire, d'une société en participation »*[773].

Il convient de vérifier si les agissements d'une entreprise engagent les autres soumissionnaires ou non. Le groupement peut, si les éléments de la société sont présents, être qualifié de société[774]. Lorsque les membres du groupement sont rétribués individuellement pour leur part dans l'opération, l'union constituée doit être qualifiée de groupement momentané d'entreprises, quand bien même la convention établie prévoit le mécanisme de la solidarité.

La société commerciale implique, quant à elle, à la fois la solidarité et la rémunération des soumissionnaires au marché au prorata de leurs « parts sociales » ou de l'évaluation de leur industrie[775]. Ils sont « payés » par leur part de bénéfices dans l'opération[776].

La solution s'imposait d'autant plus que les parties avaient expressément convenu qu'elles restaient chacune seule responsable de leurs travaux ».

[770] M. de Juglart, note sous Cass Com 19 octobre 1959, JCP, 1960.II.11432.

[771] Conclusions Gegout, Cass Com 24 octobre 1966, JCP, 1967.II.15099 : il s'agit de déterminer l'existence ou non d'une communauté d'intérêt apparente ; le professeur René Savatier constate l'absence de société lorsque « *chacune des entreprises devait accomplir des travaux déterminés, dont à l'égard des autres membres du groupement elle assumait seule la responsabilité et devait seule recevoir le prix* », note sous Cass Com 19 octobre 1959, D 1960 jurisprudence 205. Voir aussi Cass Com 17 novembre 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.533, note J.H. et D 1971 jurisprudence 206, note J. Honorat : les participants ont ouvert un compte au nom du groupement.

[772] J.-J. Burst, note sous CA Colmar 17 avril 1974, JCP, 1974 .II. 17832.

[773] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, n°59, p.277.

[774] P. Rodière, note sous CA Poitiers 11 mai 1960, RTD Com, 1961.91 . Il est aussi intéressant de noter le « revirement » établi par cet arrêt. En effet, la Cour de cassation, Cass Com 19 octobre 1959, S 1069 .111, a appliqué la théorie de l'apparence en constatant que le groupement se révélait aux tiers sous les apparences d'une entreprise collective. Toutefois, « *seuls auraient une activité solidaire ceux dont la créance professionnelle contre un associé correspondrait à l'objet social*. Selon le professeur Jean Autesserre, note sous CA Poitiers 11 mai 1960, S 1961.114, « *la Cour d'appel de Poitiers paraît revenir à la conception plus stricte d'un groupement susceptible d'être considéré comme une société* ».

[775] Cass com 13 janvier 2009, Joly, 2009, n°87, note V. Allegeart : « *le versement de la part due à un associé de société en participation est conditionné par la réalisation par celui-ci de la part des missions qui lui ont été*

b) Le rôle du mandataire

209. Comme la société en participation n'a pas la personnalité morale, « *un mandataire représente les entrepreneurs groupés ; il y aura un seul acte d'engagement* »[777]. Il s'agit dès lors de l'application de l'article 1984 du Code civil[778]. L'acceptation du mandataire d'intérêt commun[779] est inhérente à celle du rôle de chef de file du contrat de société en participation[780] dans le cadre de cotraitance. En effet le marché est globalement un tout dont il est lui-même une part. Car ce mandataire solidairement responsable quelle que soit l'étendue du marché, conjoint ou solidaire[781], « *assume une mission plus large que celle de la simple représentation. Tout d'abord, parce qu'il est largement co-titulaire d'un contrat d'entreprise, mais généralement parce que sa mission consiste en des actes matériels de gestion et de*

---

confiées, consituant son apport en industrie… Un simple financement ponctuel ne suffit pas… L'apport en industrie consiste en principe, en l'engagement pris par l'associé de mettre à disposition de la société tout ou partie de son activité, de son talent, de son travail manuel ou intellectuel, de son savoir faire, de ses connaissances techniques ou professionnelles, et plus largement de sa réputation ou de son crédit en affaires. Quel que soit son objet, l'apport en industrie se caractérise par un fort intuitu personae. L'apporteur en industrie met en effet au service de la société bénéficiaire, sa personne, sa propre expérience, ses aptitudes et compétences, et c'est en raison de ces différents éléments qui lui sont strictement personnels, qu'il est reconnu en tant qu'associé » ; Voir aussi Cass Com 7 juin 2006 01-12494.

776 Cass Com 17 novembre 1971, Revue des Sociétés, 1997, p.533 : « *ces entreprises ont apporté chacune, pour parvenir au résultat, tout le potentiel de leurs activités respectives, qu'elles ont, par convention, manifesté leur volonté de s'associer, de répartir entre elles les bénéfices du groupement et de participer aux pertes éventuelles, en alimentant le compte joint ouvert à son nom* » ; D1971 J 206 article dans lequel le professeur Jean Honorat rappelle que le caractère civil ou commercial de la société dépend de l'objet en cause.

777 J. Michon, « Dévolution de marchés : lots séparés ou entreprise générale, un choix difficile », MTP, n°4996 du 27 août 1999, p.30.

778 Article 1984 Code civil : « *le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ».

779 A. Bénabent, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commeciaux,* 9ème édition, Montchrestien 2011 n°964, p.466 : « *… le seul fait que le mandat soit onéreux ne suffit pas, selon la jurisprudence, à caractériser un intérêt commun : « la stipulation d'un salaire ne suffit pas, à elle seule, de considérer le mandat comme étant donné dans l'intérêt du mandataire* » [Cass Com 20 janvier 1971, Bull Civ IV 1971, n°20]. *Il faut que le mandataire trouve un intérêt non pas dans la seule rémunération de sa mission, mais dans l'activité qu'il déploie au service du mandant, activité qui doit en même temps servir ses propres intérêts* ».

780 CA Paris 16 février 2001, RTD Com, 2001, p.462, note C. Champaud et D. Danet : « *les membres d'une telle société « peuvent déléguer leurs pouvoirs » à l'un des coassociés ou à plusieurs d'entre eux, quelle que soit l'appellation donnée à ce mandataire commun ou à l'organe qui reçoit une telle délégation. En conséquence, lorsqu'une société associée reçoit une telle délégation et le titre de* « gérant » *de la SEP, elle peut être assignée au nom de ladite société et ne saurait exiger des créanciers qu'ils assignent chaque associé* ».

781 Encore que « *l'article 51.II du nouveau Code des marchés publics est venu indiquer que le mandataire commun n'est plus nécessairement tenu à la solidarité ; ce qui permet donc à des petites entreprises d'occuper également la place de mandataire* » Jean-Pierre Babando, « Groupements et marchés publics, quand les prestataires se rassemblent…les nouveaux groupements d'entreprises sont arrivés », MTP, n°5111 du 9 novembre 2001, p.86. A notre avis, l'existence d'une société en participation, surtout si elle est occulte, implique normalement la solidarité du gérant.

coordination »[782], ce qui oblige, en vertu de l'article 1193 du Code civil, le mandataire à rendre des comptes de sa gestion[783]. Sa responsabilité personnelle sera bien entendu engagée en cas de faute dans l'accomplissement de sa mission, en vertu de l'article 1991 alinéa 1 du Code civil[784]. Les statuts de la société en participation devront, pour parfaire tant le contrat de mandat que le contrat de société en participation, organiser la vie sociale[785] et mettre en place un Comité de direction. Le chef de file « *qui est bien souvent le mandataire commun mentionné dans le marché, pourra ainsi non seulement exécuter sa mission de gestionnaire administratif et comptable mais également assurer de façon efficace envers le maître de l'ouvrage sa mission de représentant des entrepreneurs groupés »*[786]. Nous verrons dans la deuxième partie qu'il peut être assimilé à un commissionnaire. Or, comme il est lui-même partie prenante à l'affaire, nous pourrions envisager la qualification de « commissionnaire d'intérêt commun ».

210. Le rôle du mandataire[787] devient dès lors de plus en plus primordial. Son implication[788] et la façon dont va être payée l'opération en commun structure ou non une société, qui, comme le constatait le professeur Françoise Dekeuwer-Defossez[789], est substantiellement une société en participation. Il faut bien admettre que la naissance de la société issue d'un groupement est normalement « consciente » et voulue par les associés. Il en est différemment

---

[782] J.-P. Babando, « Cotraitance, le rôle d'un mandataire d'un groupement momentané », MTP, n°4863 du 7 février 1997, p.49.

[783] Article 1993 du Code civil : « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* ».

[784] Article 1991 alinéa 1du Code civil : « *le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution* ».

[785] « *Il faut éviter de conclure une convention de groupement qui ne régirait pas les relations avec le maître de l'ouvrage (c'est le marché qui en est chargé) ou qui pourrait être source de conflits, en cas de contradiction avec les statuts de la société en participation* », Jérôme Michon, « Marchés privés et publics, conseils pour former un groupement d'entreprises », MTP, n°5059 du 10 novembre 2000, p.94. La Cour de cassation, Cass Com 24 février 1998 n° de pourvoi 95-21542, a tranché un litige entre deux co-titulaires de la construction de parkings. Les deux sociétés ont constitué une société en participation et ont conclu, en outre, une convention de groupement. L'un des parkings étant affecté de malfaçons, l'indemnisation doit-elle être divisée en deux (au titre de la société) ou couverte en intégralité par la société constructrice du parking (au titre de la convention) ?

[786] J.-P. Babando, « Marchés de travaux, société en participation et cotraitance», MTP, n°4903 du 14 novembre 1997, p.74.

[787] J.-J. Burst, note sous CA Colmar 17 avril 1974, JCP, 1974 .II. 17832 : « *structure informelle et fugitive connue sous le nom d'entreprise pilote* ».

[788] Le professeur René Savatier, note sous CA Poitiers 11 mai 1960, D 196 jurisprudence 40, constate déjà que le mandataire est dès lors une « *entreprise pilote, organe de la société, qui reçoit pour l'ensemble des membres de celle-ci les sommes correspondant à leurs travaux respectifs* ». Le mandataire en question dans cette affaire ayant fait été mis en liquidation judiciaire, la responsabilité solidaire des autres membres du groupement est retenue.

[789] F. Dekeuwer-Defossez, « Illusions et dangers des sociétés créées de fait », D 1982 chronique 83 : « *la jurisprudence attribuant la qualification de sociétés créées de fait à des groupements occultes qui auraient du être qualifiés de société en participation* ».

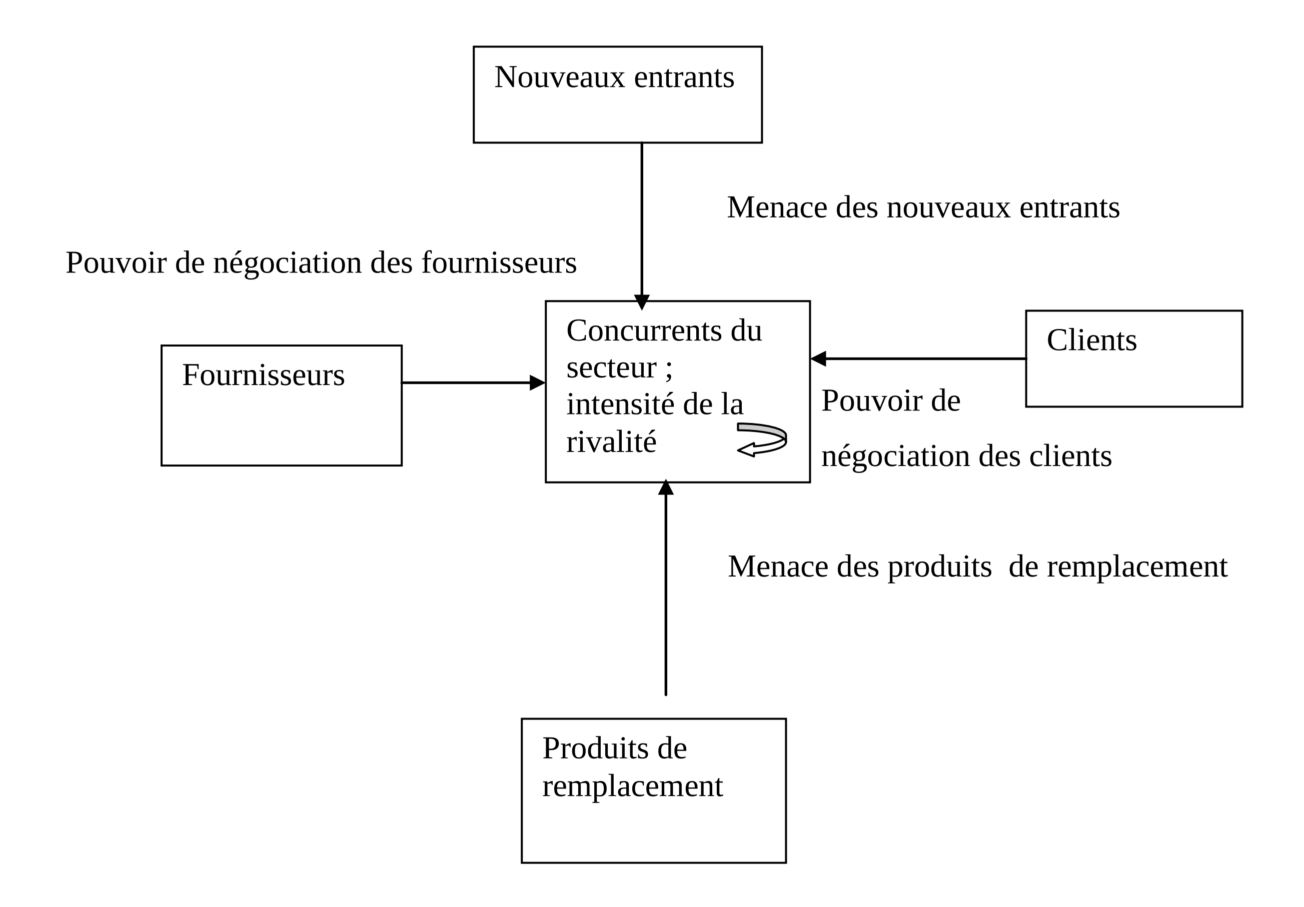
d’un groupement non sociétaire, constitué pour une opération ponctuelle qui perdure au-delà de ladite opération. La question de l’existence d’une société créée de fait se pose alors.
Le rôle de mandataire amène à l’engagement potentiel de sa responsabilité qui est étudié dans la deuxième partie.

211. Les contours emblématiques de l’objet du contrat, à savoir la société en participation, étant dessinés, il convient d’analyser la cause de ce contrat.

Section 2 : La problématique de la cause : le risque commercial

212. Classiquement, dans le cadre d’une société en participation la cause est emblématiquement tournée vers le marché. A la question « pourquoi » a –t-on conclu ce contrat, est sous-jacente celle du « pourquoi » s’est-on allié. Dans la plupart des cas d’opérations ponctuelles, elle ne crée aucun souci et ne mérite pas de réflexion particulière. Mais il arrive que la question « pourquoi » dépende d’une situation spécifique sur un marché, notamment en raison de la situation concurrentielle.
En effet, le risque pesant sur les entreprises commerciales ou industrielles est fonction de la situation de leur marché. Leur capacité repose sur leur avantage concurrentiel. Selon l’analyse de Michael Porter[790], cinq forces affectent l’état de la concurrence et de la profitabilité sur un marché : « *l’intensité de la lutte*, [à savoir la rivalité entre les entreprises], *la menace des nouveaux entrants, la pression des produits de substitution, le pouvoir de négociation des clients et celui des fournisseurs* ». Michael Porter a représenté son analyse sous forme d’un célèbre schéma :

790 Porter M., *L’avantage concurrentiel*, Inter Editions, 1986, p.17.



Face à cette situation, les entreprises mettent au point au certain nombre de stratégies visant à les conforter sur leur marché : stratégie d'innovation, partenariat, entente… « *Il y a accord lorsque les parties ont abouti à un consensus sur un projet qui limite ou est de nature à limiter leur liberté commerciale en déterminant leur ligne d'action ou d'abstention d'action mutuelle sur le marché* »[791]. Ainsi l'une des parades vis-à-vis des menaces des concurrents, tant directs, à savoir les nouveaux entrants, qu'indirects, ceux fabriquant des produits de remplacement, est le contrat de société en participation entre des entreprises d'un même marché.

Il est vrai que l'atteinte d'une taille critique, mais aussi, l'entente leur permettent de se renforcer pour lutter contre « *l'intensité de la rivalité, la menace des nouveaux entrants et les pouvoirs de négociation des clients ou fournisseurs* ». L'adage « l'union fait la force » prend alors toute sa signification. Il s'agit de résister à une concurrence renforcée (stratégies

[791] S. Pollot-Peruzzetto, « Droit européen des affaires – la politique de concurrence » note sous CJCE 13 décembre 2000 Carbonate de Soude c/ Solvay, RTD Com, 2003, p.393 qui ajoute : « *il n'est pas nécessaire que les parties considèrent l'accord comme juridiquement contraignant… il suffit de prouver que la politique retenue par les entreprises est bien* « une mise en application du plan » *révélatrice d'un accord et non le résultat de l'adaptation intelligente au marché* ».

défensives) et de préparer efficacement la présence sur des marchés du futur (stratégies offensives). « *L'idée centrale des alliances stratégiques, quelle que soit leur forme, est qu'une action commune, de type partenarial, permet un résultat en termes de création de valeur ajoutée, de rentabilité, de gain de temps, de flexibilité productive et organisationnelle, de rayonnement international, de pouvoir de négociation… supérieur à celui auquel pourrait amener une action solitaire* »[792].

Nous traiterons donc dans cette deuxième section de ces risques commerciaux, sous l'angle des conséquences juridiques, notamment au regard du droit de la concurrence interne et communautaire.

213. Se regrouper c'est atteindre la taille critique par rapport à un marché, voire le dominer. Et l'une des manières d'atteindre cette masse critique est la conclusion d'un contrat de société en participation. Ce groupement met en jeu les forces nécessaires pour faire face au marché. Or, cette situation peut générer des ententes[793].

Nécessaires pour affronter ce marché, mais quelquefois pernicieuses, les ententes ont vu très tôt leurs potentialités restreintes. Le droit économique antique est empreint d'une certaine forme de religiosité, car mis sous le contrôle des dieux[794].

Dès l'Antiquité, le judaïsme, à travers l'interprétation de la Tora, admet que « *dans le commerce, à condition qu'il existe une vraie concurrence, les prix sont libres, sauf pour les produits de première nécessité* »[795]. Dès lors les rabbins s'évertuent à imposer une éthique des affaires. « *L'essentiel de la doctrine économique figure dans le quatrième ordre de la Mishna* »[796] des Talmuds de Jérusalem[797] et de Babylone[798]. « *Les vendeurs ne peuvent se*

---

[792] U. Mayrhoffer, P. Nanopoulos et S. Urban, « Rapprochements d'entreprises et cadre juridique : pour une Sarl européenne », publication du CESAG, Strasbourg, octobre 1997, p.2.

[793] Certaines sociétés l'envisagent d'ailleurs plus ou moins ouvertement dans leur objet social. Tel est le cas de la société Atelier Fer, selon l'Autorité de la Concurrence, décision n°12-D-06 du 26 janvier 2012 : *« la participation à tout groupement d'intérêt économique, société en participation, groupement momentané d'entreprise ou toute autre forme de collaboration entre entreprises du secteur du bâtiment et de travaux publics ».*

[794] L. Jerphagnon, *Les divins Césars*, éditions Tallandier, 2004, p.57, p.280 : « *Dioclétien, inquiet de l'inflation, avait imaginé la juguler par la publication sur tout le territoire de l'Empire, d'un édit portant indication des prix-plafond des denrées et des services, que nul ne devait dépasser sous peine de mort. En somme, les dieux ne badinaient pas avec le contrôle des prix ».*

[795] J. Attali, *Les Juifs, le monde et l'argent*, Fayard, 2002, p.49 ; analyses du Lévitique (prescriptions morales et cultuelles) 19, 1 - 97 et (jubilé) 25, 8 - 17 et du Deutéronome (code deutéronomique) 22, 10 - 15

[796] J. Attali, *Les Juifs, le monde et l'argent*, Fayard, 2002, p.100.

[797] Début du IIIème siècle.

[798] IVème au VIème siècle ; J. Attali , *L'Express*, 10 janvier 2002, p.60 : *« les deux textes fondamentaux sont le Talmud de Jérusalem (IVème siècle) et celui de Babylone (VIème siècle) qui apportent d'énormes innovations, souvent très détaillées, sur l'organisation sociale et en particulier sur les taux d'intérêts, l'usage des lettres de change, les limites du profit (avec par exemple, la notion de «* prix juste *» des biens alimentaires, dont la marge*

cartelliser que si leur alliance contribue à trouver le juste prix »[799]. On retrouve dès lors le « *mythe du pouvoir venu d'En Haut* »[800].

La concurrence est en effet tant « *la compétition, la rivalité entre deux entreprises qui prétendent à un même avantage* que *la liberté pour chacun de produire et de vendre aux conditions qu'il souhaite* »[801]. L'objectif du législateur, face aux dérives inhérentes aux alliances, est d'assurer autant que faire se peut l'intérêt général, à savoir l'emploi « *de la façon la plus efficace possible des ressources* que mobilisent les entreprises et l'assurance *des demandes des consommateurs au moindre coût »*[802].

Durant la période révolutionnaire, l'Assemblée nationale constituante, par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, suivi par la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 a consacré le principe de la liberté du commerce et de l'industrie[803]. Elle institue donc la libéralisation des échanges et le droit de la concurrence. Le législateur révolutionnaire l'a de plus assorti du délit d'entrave[804].

En adoptant à la fin du 19ème siècle, le *Sherman Act*, qui définit les principales pratiques restrictives des entreprises, les Etats-Unis ont fait naître le premier droit moderne de la concurrence[805].

---

doit être limitée à un sixième), l'interdiction de la spéculation (quand les prix montent, il est interdit de faire des réserves et il faut vendre pour faire baisser les prix). Il y a aussi des règles très précises sur les ententes ».

[799] J. Attali, *Les Juifs, le monde et l'argent*, Fayard, 2002, p.127

[800] L. Jerphagnon, *Les divins Césars*, éditions Tallandier, 2004 la jaquette, explique qu'un César est forcément choisi par les dieux pour exercer son autorité ; il est l'envoyé des dieux (E.R. Graser dans T. Franck, An Economic Survey of Ancient Rome, 5, 1940) : « *à ce mythe du pouvoir venu d'En Haut, tout le monde gagne : le prince qui rencontre sous lui moins de résistance ; les sujets, qui trouvent au-dessus d'eux moins d'arrogance. Des deux côtés, on accomplit son devoir et on se sent promu… Le prince est l'analogie vivante du dieu, autrement dit on a :*
dieu = roi
univers cité ».

[801] Dictionnaire encyclopédique Hachette.

[802] Mémento Francis Lefebvre, *Concurrence – Consommation*, 2002 n°1302.

[803] Toutefois, les « *principes généraux du droit communautaire, la liberté du commerce et la concurrence, ne sont pas « à considérer de manière absolue » selon la Cour de Justice (CJCE 7 février 1984, Huiles usagées, att.n°11). Leur mise en œuvre est, en effet, dominée par la recherche de l'équité au travers de principes de proportionnalité et de non discrimination »,* selon P. Laurent, « La recherche de l'équité dans la politique communautaire de concurrence, in *Droit et Gestion de l'entreprise*, Mélanges en l'honneur du doyen R. Percerou, IAE de Paris, Vuibert Gestion, ESUG Toulouse, novembre 1993, p.183.

[804] Repris dans l'article 419 du Code pénal de 1810 relatif à la prohibition des comportements collusoires.

[805] N. Ligneul, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Editions Bruylant – Editions Université de Bruxelles - Collection de droit international, 2001, p.2.

L'adoption du Traité de Rome en favorisant la liberté des échanges, a uniformisé le droit européen dans le but de limiter les distorsions à la concurrence. Toutefois, « *alors qu'il était traditionnellement perçu dans un cadre strictement interne comme le droit de la police du marché, le droit moderne de la concurrence a de plus en plus à connaître de comportements d'origine étrangère. Pour assurer son efficacité, la Communauté européenne et plusieurs autres Etats (dont les Etats-Unis) ont adopté des dispositions d'extraterritorialités* »[806]. L'accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis permet une collaboration transfrontalière entre les autorités antitrust : la Commission pour l'Union Européenne, la division antitrust du Ministère de la justice et la Féderal Trade Commission pour les Etats-Unis, sur la base notamment des articles 81, 82 et 86 du Traité de Rome, le règlement sur les concentrations et *Sherman Act* complété par le *Clayton Act*[807].

Les réglementations nationales ou européennes restent néanmoins quelque peu désarmées face aux phénomènes de la mondialisation, de l'accélération des échanges et des ententes ou concentrations « voilées », inconnues tant du grand public que des autres opérateurs commerciaux. Les sociétés en participation, notamment occultes, participent de ce mouvement. En effet, par leur essence même, les ententes, concentrations et abus de position dominante sont des accords ou structures déterminés par leurs acteurs ; ces derniers, en les institutionnalisant, peuvent donc participer à un pacte social.

Nous traiterons dans un premier temps la réponse des institutions face aux dérives liées à la mondialisation, puis celles émanant du droit de la concurrence.

---

[806] N. Ligneul, idem p.4.

[807] Mémento Francis Lefebvre, *Communauté Européenne*, 2002-2003, n°2860. Rappelons qu'aux Etats-Unis, deux approches « se combattent » à propos de l'idée « conventionnaliste » : « *la première référence à la convention (si l'on excepte les philosophes des Lumières, bien que leur apport à la théorie libérale soit essentiel) réside dans l'Ecole institutionnaliste américaine (Veblen, Commons, Mitchell, Clarck…) proche des conceptions wébériennes du rôle des institutions sociales, et, partant, des conventions qui les légitimisent. Il va de soi que les institutionnalistes, en bons Bostoniens, ont toujours combattu l'hyperindividualisme du capitalisme sauvage. La référence antagoniste aux conventions doit être trouvée, au contraire, chez les tenants du libéralisme des pères fondateurs de la démocratie américaine, et d'une reformulation de la théorie des choix individuels «* optimaux ». *En effet, sur le marché «* hayekien *», la seule information nécessaire est le prix… Au cours de ces trente dernières années, les néoclassiques ont « sauvé » cette proposition héroïque en ajoutant des ingrédients divers : coûts de l'information, coûts d'agence et coûts de transaction….Ces deux approches nord-américaines du « conventionnalisme » sont donc antagonistes : l'une part des institutions sociales, l'autre les évacue. Mieux même : la convention néoclassique ne justifie-telle pas les stratégies «* hors marché » *(ententes notamment) que condamne justement la législation antitrust… héritage des institutionnalistes ? »*, selon M. Marchesnay, « La convention, un outil de gestion », Revue Française de Gestion, janvier-février 1997, p.114.

§ I) L'illégalité du cartel en raison de l'objet du contrat de société en participation

214. L'illégalité du cartel quant à son objet pose la problématique de l'éthique et du droit des affaires. « *La création de sociétés fictives est entrée dans les mœurs du plan grand nombre… Le monde des affaires se nourrit de poupées gigognes : chaque structure en englobe de plus petites et s'insère dans de plus grandes… Il devient impossible de percer à jour les sociétés écrans »*[808].

L'un des garde-fous pour combattre cette dérive repose sur l'illégalité de l'objet. Ainsi l'entente et la concentration peuvent avoir pour objet la vente de produits interdits[809], avec en prime, une répartition géographique du marché. La mondialisation des échanges et des moyens de communication favorise l'instauration d'un tel marché parallèle. Ce combat passe par « *la lutte contre la mondialisation du crime qui commande de s'attaquer aux sociétés-écrans, pièces centrales des opérations de blanchiment. Il s'agit d'entités juridiques totalement opaques dont il est impossible d'identifier les propriétaires ou les bénéficiaires et les administrateurs ou les directeurs… Techniquement, la solution est simple : il suffit de déclarer que les sociétés-écrans n'ont pas d'existence juridique. Elles seraient privées de tout objet : elles ne pourraient ni détenir de comptes bancaires, ni effectuer des opérations de courtage sur titres ou produits, ni posséder de biens immobiliers dans l'Etat qui les déclarerait inexistantes »*[810]. L'asphyxie financière des sociétés-écrans détruirait ainsi le contrat de participation en amont. Pourtant, le constat reste plutôt affligeant. « *La mondialisation pose problème aux juristes d'une manière générale, dans la mesure où, alors que la globalisation des échanges appelle une internationalisation des normes, le droit garde quelque chose de féodal. Cela est particulièrement vrai en matière pénale où les Etats demeurent plus qu'ailleurs jaloux de leur souveraineté »*[811]. L'efficience du droit pénal

---

[808] P. Diener, « Ethique et droit des affaires », D.1993 chronique 17 qui ajoute : « *conjuguer éthique et stratégie dans les entreprises les plus performantes devient la condition d'une réussite durable. C'est la découverte fracassante d'une vérité aussi vieille que le monde des marchands : la confiance produit de la valeur ajoutée ! L'instrument de base, la «* Charte éthique *» ou «* Code de déontologie *», résume la mission de l'entreprise et les valeurs auxquelles elle se réfère »*.

[809] Les cartels de Cali ou Medelin sont substantiellement des société en participation.

[810] C.Cutajar, « Il faut éradiquer les sociétés-écrans », La Semaine de l'Europe, novembre 2001 ; voir aussi C. Cutajar, « Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire », D 2009.821 et C. Cutajar, « Les banques et la lutte contre le blanchiment de la fraude fiscale, à l'aune de la troisième directive », in H. de Vauplane et J.-J. Daigre, *Mélanges AEDBF*, France, tome V, 2008, p.125.

[811] N. Rontchevsky « Mondialisation et droit pénal économique » Les Affiches Moniteur, 18 janvier 2002, p.1 citant M. Vivant, Cybermonde, « Droit et droits des réseaux », JCP, 1996 .I. 3969, spéc. n°5 (« *quelque chose de féodal* ») et A.Huet et R. Koehling-Joulin, *Droit Pénal International*, PUF coll. Thémis, 2ème édition, 2001, spéc. n°5 (« *jaloux de leur souveraineté* »).

international est muselée par l'exclusivité des compétences nationales en matière pénale, par le principe de territorialité des jugements répressifs, bien qu'une évolution en ce domaine semble se dessiner. De plus, sous l'égide du Groupe d'Action FInancière (GAFI spécialisé sur le blanchiment des capitaux), le FMI[812] et la Banque Mondiale améliorent leur système de contrôle, visant à « *identifier les déficiences en matière de lutte contre le blanchiment…, à porter une attention plus soutenue aux vulnérabilités du secteur financier et à améliorer l'analyse dans le cadre des activités de surveillance* »[813]. Le droit européen a mis en place une législation supranationale par le biais de directives[814], insérées dans notre droit français par l'ordonnance du 30 janvier 2009[815]. Elles portent sur le blanchiment[816] et le financement du

[812] Fonds Monétaire International.
[813] Les Notes Bleues de Bercy, « La lutte contre les abus financiers internationaux », n°216 du 16 au 31 octobre 2001.
[814] Directive du 10 juin 1991, modifiée par celle du 4 décembre 2001 et remplacée par deux directives, celle du 26 octobre 2005, dite « troisième » directive, et celle du 1er août 2006. Elles devaient être intégrées dans les législations internes au plus tard le 15 décembre 2007. Quatorze Etats européens dont la France ont été mis en demeure d'expliquer à la Commision européenne les raisons de leur retard.
[815] La France a d'ailleurs été mise en demeure par la Commission européenne le 3 juin 2010 de se conformer à un arrêt de la CJCE de 2009 d'achever de transposer la troisième directive contre le blanchiments des capitaux, selon le communiqué de la Commission, D 2010.1486.
R.Q., « Nouvelle directive anti-blanchiment - colère des avocats français », Les Affiches Moniteur, 1er décembre 2009, p.5 : « *les deux premières directives avaient déjà soumis différentes professions à la «* déclaration de soupçon *» et notamment les banques et les notaires. Les cas suspects étaient transmis à Tracfin, l'organisme de Bercy chargé de lutter contre l'argent sale. A présent tout le secteur financier est concerné, agents immobiliers, assureurs, casinos, fournisseurs de marchandises lorsque les paiements en espèces dépassent 15 000 euros…. La notion de blanchiment inclut la fraude fiscale, et les agents de Tracfin pourront transmettre leurs dossieurs aux agents du fisc. Un service spécialisé a même été créé à cet effet en prévoyance d'un afflux de déclaration* ».
C. Blanchet et A. Robert, « Les notaires parisients et la lutte contre le blanchiment des capitaux – les raisons d'une dynamique », Les Affiches Moniteur, 11 janvier 2013, p.4 : les auteurs plaident pour un meilleur échange d'inforamtions avec les banques car *« le développemeent du dispositif LAB/FT* [lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme] *auprès des professionnels du droit, et singulièrement des notaires, passe aujourd'hui par la responsabilisation et l'information, et non plus par la docilité et la méfiance. L'effort poursuivi en ce sens par les autorités ne pourra que porter ses fruits »*.
Sur recommandations du GAFI, la Commission européenne a annoncé le 11 avril 2012 la proposition d'une quatrième directive LAB/FT, visant à *« assurer une meilleure efficacité de l'approche par les risques…, incriminer le blanchiment et le financement du terrorisme…, étendre le champ d'application des obligations de LAB/FT…, améliorer l'identification du bénéficiaire effectif, améliorer le dispositif de déclaration de soupçon…, améliorer le dispositif au sein des groupes de sociétés…, et conforter le dispositif applicable aux avocats… »*, selon C. Cutajar, « Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme – vers une 4ème directive de l'Union Européenne », Les Affiches Moniteur, 7 septembre 2012, p.4. La Commission a adopté deux propositions relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, le 5 février 2013.
[816] C. Cutajar, « Blanchiment d'argent – pour une refondation de la politique criminelle répressive en droit français », Les Affiches Moniteur, 27 mai 2011, p.1 : *« l'article 9§5 de la convention de Varsovie consacre l'autonomie du blanchiment en prévoyant que les Etats parties s'assurent d'une part qu'une condamnation pour blanchiment est possible en l'absence de condamnation préalable ou concommitante au titre de l'infraction principale et, d'autre part, qu'une condamnation pour blanchiment est possible dès lors qu'il est prouvé que les biens blanchis proviennent d'une infraction principale sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction prévise il s'agit »*. Les biens blanchis doivent être la propriété de la personne mise en examen, selon la Cour de cassation (Cass Crim 26 mai 2010, D 2010.1792).

terrorisme. Toute organisation ne mettant pas en place les procédures et les moyens permettant un contrôle efficace en matière de lutte contre le blanchiment et le terrorisme[817], est susceptible d'être sanctionnée par l'Autorité de contrôle prudentiel[818]. L'objectif est la connaissance du client de l'organisation : « *il s'agit de vérifier l'identité des personnes, mais aussi leurs professions, leur patrimoine, et des risques très précis comme la qualité de non-résident, l'exercice de fonctions politiques, le type d'opérations… »*[819].

Ces structures dotées d'un affectio societatis où la volonté de collaborer ensemble lie les membres du cartel, deviennent évidemment des sociétés de fait qu'il convient de dissoudre. Le contrat est nul et de nullité absolue, car « *la règle méconnue intéresse l'ordre public »*[820]. Or le caractère occulte de certaines sociétés en participation rend particulièrement complexe la preuve de l'existence de ces cartels.

Cette situation de société de fait liée au caractère illicite de la copération mise à part, il convient aussi de s'interroger sur la confrontation des sociétés en participation au droit de la concurrence.

§ II) La confrontation des sociétés en participation au droit de la concurrence.

215. Le droit positif français dépend notamment de l'article L420 – 1 [821] figurant dans le titre II du livre IV du Code de commerce relatif aux pratiques anticoncurrentielles[822]. Le droit français de la concurrence ne « *s'applique pas à des accords destinés à l'étranger alors même*

---

[817] J.-Ph. Kovar, « Pouvoir de sanction », note sous ACP 27 novembre 2012, 4 février 2013, www.revue-banque.fr : donnant un exemple de ce qu'il convient de ne pas faire : *« absence de formation des personnels et de procédure de contrôle en matière de conformité, de programme de contrôle périodique formalisé, de moyens nécessaires pour les auditeurs internes de mner à bien leur mission ».*

Voir à titre d'exemple, J.Ph. Kovar, « Une nouvelle décision de la commission des sanctions apporte d'utiles précisions sur la procédure disciplinaire devant l'ACP », 19 décembre 2012, , www.revue-banque.fr : « *carence dans la connaissance des clients, le suivi des alertes et surveillances des opérations complexes, manquement aux obligations déclaratives, lacunes du dispositif de formation des salariés…* ».

[818] L'ACP a été créée par une ordonnance du 21 janvier 2010. Elle est issue du rapprochement des autorités d'agrément et de contrôle des secteurs de la banque et de l'assurance. Sa mission est de veiller à la préservation de la stabilité financière et à la protection des clients des banques, des assurés et des bénéficiaires des contrats d'assurance. Il s'agit d'une autorité indépendante, adossée à la Banque de France. Sa création correspond à un objectif de mise en place dune autorité de supervision forte, disposant d'une vision globale du secteur financier.

[819] A.-D. Merville, « Première décision de condamnation de l'ACP : une sanction très modérée pour des manquements conséquents », note sous ACP 10 janvier 2011 Caisse de crédit municipal de Toulon, Joly Bourse, 2011, p.318

[820] A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, n°208, p.165.

[821] Initialement il dépend de l'ordonnance de 1986 titre III et décret numéro 86-1309 du 29 décembre 1986 chapitres 1 et 2 (antérieurement ordonnance du 30 juin 1945).

[822] Articles L 420-1 et L 420-2.

que les parties à l'accord sont domiciliées en France. A l'inverse, conclu par des étrangers, mais produisant un effet en France, l'accord relève de l'Ordonnance de 1986 »[823]. La jurisprudence en ce domaine a été confirmée par la loi NRE[824] du 15 mai 2001. Cette dernière modifie l'article L 420-1 en considérant que les ententes sont prohibées même si elles sont constituées par « *l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France* ».

L'article L420-1 a prohibé les ententes qui « *ont pour objet ou peuvent avoir pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »[825] sous forme d'actions concertées, expresses ou tacites, ou de coalitions, encore faut-il néanmoins établir l'intention illicite des participants à l'entente. L'accord peut résulter de n'importe quelle association, notamment par la constitution d'une société en participation[826]. Si la constitution d'une structure commune n'est pas condamnable, ni critiquable en tant que telle, elle ne saurait devenir un instrument d'intervention concertée ayant pour objectif soit de fausser le jeu de la concurrence, soit ayant un objet « social » anticoncurrentiel[827].

216. Selon la définition donnée par l'ancien article 39 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, « *la concentration résulte de tout acte, quelque en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises, une influence déterminante* ».

La concentration est réglementée par les articles 430-1 et suivants du Code de commerce[828].

La réglementation actuelle vise la fusion de deux entreprises indépendantes, le contrôle détenu par une ou plusieurs personnes sur une entreprise, accru par acquisition directe ou indirecte sur une ou plusieurs autres entreprises et la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

---

823 M. Malaurie-Vignal, *Droit interne de la concurrence*, Armand Colin, février 1996, p.23.

824 Nouvelles Régulations Economiques.

825 M. Malaurie-Vignal, *Droit interne de la concurrence*, Armand Colin, février 1996, p.165.

826 Avis du conseil 23 février 1978 affaire Publicité sur les Abribus citée in Mémento Francis Lefebvre, *Concurrence – Consommation*, 2002 n°1307 et Editions Francis Lefebvre, Ententes, abus de position dominante, concentrations économiques - droit communautaire et droit français, 2004, n°321 p.75.

827 Rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 1990, p. XXX.

828 Modifiés par la loi RNE du 15 mai 2001 qui harmonise les règles du contrôle français des concentrations avec celles communautaires.

Enfin, le contrôle de la situation de leader se fait en principe a posteriori, grâce à l'abus de position dominante, et, à titre subsidiaire, a priori lorsque la concentration produit un effet sur le territoire français. L'abus de position dominante est défini à l'article L 420-2 du Code de commerce. Ainsi, « *est prohibé l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, ou de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise, cliente ou fournisseur, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* ». Il suppose deux éléments : la situation de domination et l'exploitation abusive de celle-ci.

217. La législation européenne a pour objectif la constitution d'un « *régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* »[829]. Le contrôle portant sur les opérations de concentration a été institué par le Règlement n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989[830], modifié par le Règlement n°1310/97 du Conseil[831], entré en vigueur le 1er mars 1998. Le Règlement de base a été complété par le Règlement de la Commission n°447/98 du 1er mars 1998 et par plusieurs communications de ladite Commission. Un nouveau règlement, applicable dès le 1er mai 2004, vient modifier les règles de concurrence. Désormais, « *l'entreprise devra procéder à une auto-appréciation de sa propre pratique pour déterminer si elle ne contrevient pas aux dispositions des articles 81 et 82 du Traité. Ce mécanisme responsabilise davantage les entreprises, mais il suppose que celles-ci puissent manier des concepts juridiques pour le moins…complexes, dans un domaine en constante évolution* »[832]. On passe d'un système d'autorisation légale au système d'exception légale[833].

Le droit européen[834] envisage les pratiques anti-concurrentielles en raison des entraves qui vont en résulter pour le commerce entre entreprises des Etats membres. Il peut en résulter deux procédures parallèles. Pour éviter les conflits[835], l'Autorité de la Concurrence sursoit à

---

[829] Article 3§g du Traité de Rome.
[830] JOCE 1989 L 395.
[831] JOCE 1997 L 180.
[832] S. Deluz, « Les nouvelles règles européennes de la concurrence », MTP, 28 février 2003, p.84 .
[833] E. Paulis et C. Gauer, « Journal des tribunaux » , Droit Européen , mars 2003, p.65.
[834] Anciens articles 85 et 86 du Traité de Rome devenus les articles 81 et 82 du Traité d'Amsterdam puis les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à savoir par le biais du Traité de Lisbonne. F.-X. Priollaud et D. Siritzky, *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE),* La Documentation française, mai 2008, p.237 et suivantes.
[835] C'est obligatoirement le cas pour les autorités nationales, dès que la Commission a engagé la procédure, à savoir effectué un acte manifestant sa volonté de prendre une décision sur la base notamment de l'article 101. Or l'Autorité de la concurrence, remplaçant le Conseil de la Concurrence, est une telle autorité. Il n'en est pas de

statuer dès l'ouverture d'une procédure devant la Commission. De plus, une jurisprudence nationale ne peut aller à l'encontre d'une décision communautaire[836].

Le droit communautaire définit une entreprise grâce à sa dimension économique. De ce fait, il fait abstraction de la forme juridique. L'entreprise est analysée comme une entité autonome quant à sa ligne d'action sur le marché. Les « gentlemen's agreements » tombent dès lors sous le coup de la prohibition des ententes illicites. Les sociétés en participation répondent notamment à la définition des entreprises communes, quelle que soit la répartition des parts entre les participants dès lors que ces derniers exercent un pourvoir de contrôle sur les orientations de la société : « *les entreprises communes sont des entreprises contrôlées en commun par au moins deux autres entreprises. Dans la pratique, la notion recouvre un large éventail d'opérations, qui va des opérations du type «* fusion *» à la coopération en vue d'activités précises, comme la recherche et le développement, la production ou la distribution »*[837]. Encore faut-il pour contrôler les concentrations qu'il s'agisse d'une entreprise commune de plein exercice.

---

même pour les juridictions nationales, bien que le sursis leur ait été fortement conseillé par la Commission. Toutefois, elles ont le devoir, sous le contrôle de la Cour de cassation, de sauvegarder les droits du justiciable émanant du Traité.
S. Deluz, « Les nouvelles règles européennes de la concurrence », MTP, 28 février 2003, p.84 : néanmoins, « *le règlement autorise (en France, le Conseil de la Concurrence) et les juridictions nationales à apprécier la validité d'un accord restrictif de concurrence au regard des critères d'exemption. Auparavant, seule la Commission détenait au niveau communautaire le pouvoir d'exempter une entente anticoncurrentielle* ».

[836] Un projet de réforme prévoit que seul le droit communautaire serait applicable, ce qui aurait pour effet d'exclure la possibilité de procédures parallèles.

[837] Communication de la Commission relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO n°C 066 du 2 mars 1998, p.1-4 sur site Celex : « *une entreprise commune n'est pas de plein exercice si elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses fondatrices, sans avoir accès au marché »* ; voir les exemples de joint-ventures : WOCO/Michelin décision de la Commission du 28 avril 2000, JO n°C 187 du 6 juillet 2000, p.8, CARREFOUR/MARINOPOULOS décision de la Commission du 26 mai 2000, JO n°C 183 du 30 juin 2000, p.8 sur site Celex.
Voir aussi l'affaire Rhône-Poulenc/Snia décision de la Commission du 8 septembre 1993, sur site Celex : ces deux entreprises avaient notifié à la Commission un accord dont l'objet était de créer une entreprise commune Europa, dans laquelle les parties regroupaient toutes leurs activités dans le domaine du fil polyamide à usage textile. Le montage juridique est particulièrement intéressant puisque les deux entreprises avaient au préalable créé une autre entreprise, Novalis. Or Novalis, Europa et Rhône-Poulenc étaient réunies au sein d'une société en participation.
Ainsi dans l'affaire St Gobain / Walker-Chemie / Nom, du 4 décembre 1996, JOCE, n°L247, du 10 septembre 1997 et V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004, p.427, la commission a estimé qu'une entreprise commune constituée pour la production, la transformation et la commercialisation de carbure de silicium, remplit la condition d'autonomie : elle « *opéra comme producteur et transformateur indépendant … sur une base durable* ».
V. Pironon, idem p.427 : « *à l'inverse, dans l'affaire ENW / Eastern,* du 15 octobre 1998 aff IV / M 1315, *la commission estime que l'entreprise commune constituée pour la distribution de gaz naturel n'accomplit pas de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome dans la mesure où elle n'a pas accès à des ressources suffisantes, notamment car son personnel est détaché par ses fondatrices. Ses partenaires lui*

L'article 101 du TFUE[838] pose le principe d'interdiction des ententes, en sanctionnant par la nullité les accords anticoncurrentiels. Il interdit par principe tous les accords ou pratiques concertés, voire planifiés, ayant pour effet d'affecter le commerce entre les Etats membres[839] et le jeu de la concurrence au sein du Marché Unique[840]. « *La pratique concertée ne suppose pas nécessairement une manifestation de volonté, clairement exprimée, mais plutôt une coordination de fait des stratégies commerciales* »[841]. Les accords sont donc par conséquent liés à un contrat alors que les pratiques concertées correspondent à une évolution psychologique sans concertation préalable. Ces accords ou pratiques concertées sont nuls de plein droit. Mais, l'article 81 §3, devenu l'article 101 § 3, du Traité organise aussi « *un mécanisme d'exemption de certaines ententes qui contribuent au progrès économique* »[842]. En effet, les accords sont exemptés dès lors qu'ils « *contribuent à améliorer la production*[843] *ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence* ». Ainsi, encore faut-il que l'entente n'ait pas pour effet d'éliminer une part substantielle de la concurrence. L'exemption s'applique évidemment aux joint-ventures[844].

218. Une concentration d'entreprises résulte soit d'une fusion d'entreprises, soit de l'acquisition par une ou plusieurs autres entreprises du contrôle d'une ou plusieurs autres. L'un des mécanismes est l'entreprise commune concentrative. Se pose dès lors la question de

---

fournissent la technologie et le marketing, et son autonomie financière est limitée, les partenaires s'étant en outre engagés à lui accorder leur soutien financier par le biais de garanties ».

838 Article 101 actuel.

839 Par application du principe de subsidiarité.

840 « *Peu importe que les entreprises parties à l'entente aient leur siège à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté, dès lors que les effets de l'entente se réalisent sur le territoire communautaire* », J. Schapira, G. Le Tallec, Jean-Bernard Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, tome 1, 5ème édition, Thémis, Droit Privé, PUF, mai 1999, p.246 et 247.

841 J. Schapira, G. Le Tallec, Jean-Bernard Blaise et L. Idot, idem.

842 B. Geneste, *Droit communautaire de la concurrence,* Vuibert Gestion Internationale, Belgique, octobre 1993, p. 61.

843 Tels les accords destinés à réduire des surcapacités structurelles.

844 Voir l'affaire De Laval – Storck, décision de la commission du 25 juillet 1977, JOCE n°L215 du 23 août 1977 et V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz 2004, p.433 : « *la commission a constaté notamment que l'accord pour la production en commun de turbines était conclu entre deux concurrents qui demeuraient présents sur les marchés voisins et que toutes les décisions importantes devraient être prises d'un commun accord, ce qui conduisait à éliminer la concurrence. Néanmoins, elle relève que l'accord est source d'avantages économiques et n'aboutit pas à la création d'une situation de domination sur le marché* ». Les demandes d'exemption ont été d'une telle ampleur que des règlements catégoriels ont été mis en place pour accorder une exemption automatique.

la société en participation. Cette dernière pourrait aussi être constituée en vue de mettre en commun par deux concurrents, la gestion d'une autre entreprise. Or, est une entreprise commune ou « filiale commune » une unité économique distincte qui est soumise à un contrôle exercé par deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes les unes des autres. Comme on le voit, l'entreprise commune est définie en fonction de son caractère économique et non juridique. En droit interne français, « *la notion* » d'entreprise « *est appréhendée très largement puisqu'une personne physique qui exerce une activité économique est une entreprise… Le droit communautaire adopte la même analyse* »[845].

De ce fait, les entreprises communes qui ont une autonomie complète, intervenant sur le marché en tant que vendeur ou acheteur indépendant, entrent dans le champ d'application du règlement relatif au contrôle des concentrations.

Certes, la société en participation ne peut être qualifiée de filiale commune, au sens juridique du terme, mais d'entreprise commune dans un sens économique, nous semble-t-il, en raisonnant par analogie avec l'entreprise individuelle.

L'entreprise commune, et donc la société en participation, ne présente pas de caractère concentratif[846] si elle n'est pas « *en mesure d'exercer de manière suffisamment durable, des fonctions économiques autonomes* ou si elle est caractérisée par l'absence de coordination d'entreprises »[847]. Mais, si elle est constituée en vue de créer une entente, telle une concertation en vue d'une répartition de marché public, ou une concentration abusive, son chef de file doit être poursuivi pour comportement anti-concurrentiel.

219. L'abus de position dominante par une entreprise fait « *obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* ». L'article 102 du TFUE permet de sanctionner

[845] M. Malaurie-Vignal, *Droit interne de la concurrence,* Armand Colin,1996, n°259 p.196 ; CJCE 18 juin 1987 Commission contre Italie, aff.C118/85, Rec CJCE, 1987, p.2599.

[846] Le contrôle des concentrations n'est applicable qu'aux opérations de dimension communautaire, en tenant compte de seuils. Le chiffre d'affaires réalisé individuellement par toutes les entreprises concernées, sur le plan mondial, est supérieur à cinq milliards d'euros. Le chiffre d'affaires réalisé individuellement dans l'Union Européenne, par au moins deux des entreprises concernées, dépasse deux cent cinquante millions d'euros. Toutefois, le contrôle est écarté, même lorsque les deux seuils sont atteints, si chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires à l'intérieur d'un seul Etat membre de l'Union Européenne. Le chiffre d'affaires se définit par le montant des ventes ou prestations de services réalisé par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur les ventes ainsi que de la TVA et autres impôts directement liés au chiffre d'affaires.
Les entreprises participant à une opération de concentration doivent la notifier à la Commission dans un délai d'une semaine, à compter de la conclusion de l'accord.

[847] B. Geneste, *Droit communautaire de la concurrence,* Vuibert Gestion Internationale, Belgique, octobre 1993, p.117.

un abus de position de domination commis soit par une entreprise, soit par un groupe d'entreprises agissant collectivement[848].

L'abus de position dominante est une notion objective démontrée par un degré de concurrence affaibli et une absence de compétition normale entre les produits et les services.

220. Il est évident que le concept d'entente, de concertation illicite ou d'abus de position dominante peut aussi émarger d'un groupe, dès lors que les sociétés y contribuant disposent de leur pleine liberté commerciale et stratégique[849]. Or lors de la création d'un groupe, pour le souder, les participants peuvent mettre en place une société en participation, voire y sont obligés par une volonté étatique. Cette société est à l'abri de toute intrusion émanant de la concurrence ou de readers. Cet accord fait naître une véritable société au sens de l'article 1832 du Code civil.

Surtout si la société en participation est non révélée, elle est aussi un instrument favorisant une position dominante ou une coopération. Cet accord répond aux exigences de l'article 1832 du Code civil : les participants effectuent des apports, au minimum en industrie. L'affectio societatis est présent, les participants collaborant ensemble. L'accord génère des bénéfices ou, au moins, des économies, que les associés se partagent.

La survie de la société dépend de la régularité de l'accord ou plus exactement de son objet. Nous étudierons dès lors la société en participation en tant qu'instrument de coopération licite, puis illicite.

1° La société en participation, instrument de coopération licite

221. La jurisprudence ne condamne pas l'utilisation de la société en participation en vue de constituer une coopération dans la mesure où elle ne crée par une distorsion illicite dans les règles de concurrence[850]. « *Les sociétés en participation ont mauvaise réputation parce que n'étant pas immatriculées au registre du commerce, on les soupçonne de masquer des ententes anticoncurrentielles. Tel peut être effectivement le cas. Mais il ne faudrait pas*

[848] Commission 155, 1er avril 1992, Armateurs ; Commission, 164, 23 décembre 1992, Cerval.

[849] CJCE 31 octobre 1974 Centrafarm, Rec CJCE, 1974, p.1147 ; CA Paris 24 mars 1988, BRDA, 18/88, p.4 ; Cass Com 12 mars 1991, RJDA, 1991, n°413.

[850] Crim 27 mai 1942, JCP, 43.1. 2259, note Bastian et CA Lyon 13 juin 1960, D 1961 jurisprudence 148, note F. Goré ; cela a été rappelé le 6 juin 2000 par CA Paris, Revue des Sociétés, 2000, p.590 : « *la constitution d'une société en participation n'est pas en soi l'indice d'une entente illicite ; les indices démontrant l'existence d'un groupement momentané d'entreprises constitué pour le marché privé ne permettent pas de dire que ce groupement avait pour objet la répartition de travaux, objets du marché public* ».

généraliser et frapper ces sociétés d'une présomption d'atteinte à la concurrence qui mettrait à la charge des associés la preuve que ces groupements ont un objet autre qu'une connivence faussant le jeu de la concurrence »[851]. Ce qui importe, c'est la « *réalité des comportements »*[852]. Elle est dès lors un instrument au même titre qu'un groupement d'intérêt économique ou une filiale commune.

Le droit de la concurrence admet en outre les échanges d'information même sur les prix, sauf si cette information a pour but de « cartelliser » le marché, dès lors qu'ils « *ne permettent pas d'individualiser les partenaires ou s'ils portent sur des informations générales, telles que les moyennes des prix les plus bas et les plus hauts constatés sur le marché, ou encore sur des statistiques portant sur le tonnage acheté par chaque client à l'ensemble de la profession »*[853].

2° La société en participation, instrument de coopération illicite

222. Une entreprise commune peut être assujettie à aux articles L420-1[854], L420-2[855] et L430-1[856] du Code de commerce[857] ou aux articles 101 et 102 du TFUE, si elle a été constituée pour détourner les règles de la concurrence, par exemple lorsqu'un des partenaires n'a aucune autonomie de décision[858] ou pour se répartir le marché.

---

[851] Y. Guyon note sous CA Paris 6 juin 2000, Revue des Sociétés 2000, p. 590 ; BOCCRF, 2000, p.387.

[852] P. Corruble, F. Aubert, J.-B. Auel, N. Charbit, C. Halimi Delechette, P. Kirch, *Droit Européen des Affaires,* Dunod, 1998, p.106.

[853] M. Malaurie-Vignal, *Droit interne de la concurrence*, Armand Colin, février 1996, p.165.

[854] Article L420-1 Code de commerce : *« sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à*
1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
4° repartir les marchés ou les sources d'approvissionnement».

[855] Article L420-2 du Code de commerce : *« est prohibée, dans les condiitons prévues à l'article L420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente liés ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».*

[856] Une opération de concentration est réalisée lors de la fusion de deux entreprises auparavant indépendantes, de l'acquisition par une ou plusieurs entreprises du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ou de la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable les fonctions d'une entité économique autonome, dite de « plein exercice ».

[857] Les pratiques anti-concurrentielles étaient régies par les articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986. Elles ont été codifiées dans le Code du commerce dans les articles 410-1 à 470-8.

[858] Décision du Conseil de la concurrence 14 novembre 1989 « Presse de la Réunion », Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, confirmée par la Cour appel Paris 3 mai 1990, D 90 IR 42.

223. Les catégories prohibées de pratiques collectives ont été répertoriées par l'ancien Conseil de la concurrence[859], remplacé par l'Autorité de la concurrence, instaurée par la loi LME[860]. Il s'agit de la détermination ou de la mise en œuvre de stratégies communes à plusieurs opérateurs par voie d'entente explicite ou tacite qui viole la condition d'autonomie des décisions, de l'échange d'informations sur les stratégies que chacun des opérateurs est susceptible de mettre en œuvre, qui transgresse la condition d'incertitude et enfin des pratiques d'exclusion qui limitent ou interdisent l'entrée sur le marché considéré. On constate dès lors l'existence une concurrence arrangée[861] par les opérateurs commerciaux, tant sur la fixation des prix que la taille proprement dite du marché en vue d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents, de diminuer la part de marché des concurrents non parties à l'entente[862]…. En tout état de cause, encore faut-il prouver l'entente soit par des preuves matérielles, soit par un faisceau d'indices sérieux et concordants. Néanmoins, la preuve de la concertation est établie lorsque les identités de comportement ne peuvent s'appliquer autrement que par la poursuite d'un objectif concurrentiel.

224. L'entrave à la libre détermination des prix vise l'alignement des prix, notamment par les remises cartellisées[863], les prix de référence, les prix déterminés en commun, les échanges d'informations sur la structure des coûts aboutissant à un rapprochement artificiel des prix ou l'uniformisation des conditions des ventes ou d'achats. Elle concerne aussi la cristallisation des prix, par la fixation de marges excessives ou le blocage des marges, la baisse artificielle des prix…

[859] Voir les différents rapports du Conseil, notamment celui de l'année 1988.
[860] Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 : le Conseil de la concurrence devient l'Autorité de la concurrence par sa fusion avec la Direction Générale de la Consommation, de la Concurrence et de la Répression des Fraudes (DGCCRF).
[861] Les effets des ententes illicites sont les actions restrictives sur les prix, sur l'accès au marché, sur la liberté de vendre, ou enfin, la limitation des facteurs de production. Il appartient à l'Autorité de la concurrence d'apprécier l'incidence de l'entente, en fonction de la part du marché concerné, de la *gravité de l'effet restrictif,* de l'importance des entreprises en cause, de leur nombre, de la nature des produits, de l'existence de procédures de contrôle de l'efficacité de l'entente, du contexte économique et juridique… La détermination du marché en cause se calcule grâce à la part de marché. Cette dernière prend en considération le marché des produits, y compris de substitution, et du marché géographique.
[862] *Le Figaro*, « Le Conseil de la concurrence plus sévère en 2007 », vendredi 4 juillet 2008 : « *un cartel bien organisé peut conduire à une hausse de prix de 25% pour le consommateur* ».
[863] Le calcul est réalisé sur la valeur globale des achats effectués à l'ensemble des membres de l'entente.

225. L'un des secteurs de prédilection des ententes illégales concerne les marchés publics[864]. L'un des cas classiques d'entente illégale est constitué par deux entreprises dont l'une hausse volontairement son offre pour permettre l'attribution du marché à la deuxième[865].

Or la société en participation est, dans son essence même, l'instrument qui peut contrecarrer de façon illicite la législation française ou européenne. La non-connaissance par le marché des participants à l'entente ou à la concentration permet à ces derniers d'imposer des tarifs, des conditions de vente, la répartition d'un marché… *« Toutefois si le fait par l'association d'imposer à ses membres des tarifs et des conditions de ventes uniformes ne constitue pas en soi un acte répréhensible, il y a lieu d'ordonner une expertise pour savoir si, spécialement en raison de ses incidences économiques, l'association constitue ou non une entente prohibée »*[866]. La société en participation peut dès lors, « *le cas échéant, être considérée comme une réunion ou une coalition »*[867], la participation devient alors un « *obstacle au libre jeu de la concurrence sans motif légitime et dans un esprit de lucre* ».

Quant à l'entreprise commune, ou joint-venture, elle crée un regroupement d'opérateurs soit au même stade de production, ce qui peut diminuer le nombre de concurrents et donc a un effet anticoncurrentiel, soit à des stades différents. « *Dans le cadre de l'interprétation du règlement n°4064/89 du 21 décembre 1989, la commission a publié une communication relative aux entreprises communes. Celles, qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement anticoncurrentiel d'entreprises, qui restent indépendantes, relèvent le cas*

---

[864] Encore que pour l'année 2007, « *la grande distribution fait figure de mauvais élève : elle est passée en tête des secteurs d'activités les plus examinés en 2007 », Le Figaro*, « Le conseil de la concurrence plus sévère en 2007 », vendredi 4 juillet 2008. Cet article rappelle néanmoins que les secteurs traditionnels sont le BTP, la construction et les télécommunications.
Exemple de répartition d'un marché public : Cass Com 10 janvier 1995, RJDA, 1995, n°596 ; H. Courivaud, « Marchés : Groupement d'entreprises et entente prohibée », MTP, n°4917 du 20 février 1998, p.40 : « *lorsqu'une entreprise soumissionnaire dispose d'informations sur le contenu des propositions d'autres compétiteurs, elle se trouve dans la position de caler son offre non plus sur la seule considération des conditions dans lesquelles elle pourrait répondre au plus juste à la demande formulée par l'organisateur du marché, mais sur ce qu'elle sait des propositions d'autres entreprises consultées. Le Conseil de la concurrence estime que de tels échanges d'informations entre entreprises soumissionnaires d'un même marché, intervenus préalablement au dépôt effectif de leurs offres, sont de nature à limiter l'intensité de la concurrence entre les entreprises et peuvent être alors qualifiées d'ententes prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* ».

[865] H. Courivaud, idem p.40 : « *a été sanctionnée la constitution par deux entreprises soumissionnaires d'une société en participation dont l'acte constitutif prévoyait qu'elles effectueraient des travaux en commun : il avait été constaté en effet que les deux entreprises en cause avaient fait des offres distinctes sans aviser le maître d'ouvrage de leur projet de constitution de cette société en participation (elle avait été constituée en vue d'effectuer des travaux prévus pour le marché en question) et que l'une de ces deux entreprises avait présenté une offre à un prix plus bas que celui proposé par l'entreprise avec laquelle elle s'était entendue. Il ressortait par conséquent qu'il n'existait aucune justification à ce rapprochement, sinon une « connivence en vue de fausser le jeu de la concurrence » (décision du Conseil de la concurrence n°92-D-31 « marchés de la ville de Volvic », confirmée en dernier lieu par la Cour de cassation, chambre commerciale, dans son arrêt SOCAE en date du 10 janvier 1995)* ».

[866] CA Lyon 13 juin 1960, D 61 jurisprudence 148 note F. Goré.

[867] M. Boitard, note sous CA Lyon 13 juin 1960, JCP, 1961.II.12103.

échéant, des anciens articles 85 ou 86 du Traité» [868] . A l'époque, seules dépendent du règlement n°4064/89, les entreprises « *qui accomplissent de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome et qui n'entraînent pas une coordination du comportement concurrentiel des parties entre elles ou entre celles-ci et l'entreprise commune »*[869]. Le règlement de 1989 a été remplacé par le règlement du 1er mai 2004 qui reprend l'essentiel des dispositions du règlement de 1989 et se caractérise par trois axes essentiels[870]. Rappelons que la concentration peut être réalisée aussi par une société en participation, sous la forme d'une entreprise commune. Or une concentration peut aussi générer un abus de position dominante, calculée par les parts de marché absolue ou relative[871].

226. Le contrôle en droit français est dévolu à l'Autorité de la concurrence qui *« veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement essentiel des marchés aux échelons européen et international »*[872]. Mais pour des raisons pratiques, il n'est applicable[873] qu'à partir du franchissement de deux seuils[874] : chiffre d'affaires hors taxe des parties à la concentration supérieure à cent cinquante millions d'euros et chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'une au moins des parties supérieur à cinquante millions d'euros en France et si l'opération n'entre pas dans le champ d'application du contrôle communautaire des concentrations relevant de la Commission européenne[875]. L'Autorité de la Concurrence rend une décision au vue d'un bilan économique, le ministre de l'Economie n'ayant que le pouvoir d'évocation. Elle examine ainsi si l'opération de concentration en

---

868 B. Geneste, *Droit communautaire de la concurrence*, Vuibert Gestion Internationale, Belgique, octobre 1993, p. 71.

869 Règlement n°4064/89 du 21 décembre 1989.

870 A.-P. Weber, « Le nouveau règlement CE relatif aux concentrations entre entreprises », www.libres.org/…/concurrence_weber_concentration_p17.htm : *« le premier a trait au souci de traiter de toutes les opérations de concentraiton qui sont susceptibles d'affecter l'exercice de la concurrence et de mieux articuler les responsabilités de la Commission par rapport à celles des autorités nationales de concurrence. Le deuxième est de relever que le point voulant que la Commission doit demain se trouver dotée de pouvoirs notamment renforcés pour conduire ses investigations tant à l'occasion de dossiers qui lui sont notifiés que pour s'assurer du respect des engagements pris par les parties à la suite d'une opération de concentration autorisée sous condition. L'esprit général du texte invite enfin à penser que la Commission entend apprécier les oérpations de concentration de façon notoirement stricte dès lors, notamment, que l'on est en présence de structures oligopolistiques »*.

871 La part de marché absolue correspond au ratio du chiffre d'affaires de l'entreprise par rapport à la totalité du marché, la part de marché relative à celui du chiffre d'affaires de l'entreprise par rapport à celui de son principal concurrent.

872 D. Ferrier et K. Biancone, « L'Autorité de la concurrence (après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008) », D 2009.1031 : l'Autorité de la concurrence est investie de pouvoirs d'enquête et de contrôle mais aussi de pouvoirs de décision, notamment infliger des sanctions pécuniaires dont *« condamner l'entreprise qui ne se soumet pas aux demandes des enquêteurs ou qui fait obstruction à l'enquête »*.

873 Sauf si le champ d'application du contrôle est du ressort de la Commission.

874 Les entreprises ont dès lors l'obligation de notifier leur situation à l'Autorité de la concurrence.

875 Sauf circonstances exceptionnelles dans lesquelles le gouvernement français demande un renvoi du dossier par la Commission européenne.

cause, notamment par création ou renforcement d'une position dominante, est de nature à porter atteinte à la concurrence. Elle apprécie aussi l'apport de progrès économique et social induit par la concentration. Encore faut-il que ce dernier soit vraisemblable, qu'il profite à la collectivité, que l'opération soit nécessaire à sa réalisation et que son importance compense les atteintes à la concurrence. Ainsi, du temps où le ministre avait le pouvoir de décision, a-t-il été amené à estimer les répercussions d'une entente entre les groupes Galeries Lafayette et Casino. « *Ces derniers détiennent conjointement par l'intermédiaire d'une société en participation 98,7 % du capital de Monoprix, chacun à la hauteur de 49,35 %* » [876]. En raison de l'étude du marché concerné par la concentration, le ministre a conclu à l'absence d'atteinte à la concurrence de l'opération en cause.

227. Le TFUE dispose en son sein de l'arsenal juridique nécessaire pour contrecarrer les accords illégaux, commis par l'intermédiaire d'une société en participation. Pour combattre les ententes prohibées, « *une entreprise peut être sanctionnée dès lors qu'elle a agi dans le but de restreindre la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de savoir si elle avait ou non-conscience d'enfreindre les dispositions du Traité de Rome* »[877]. L'accord violant l'article 101 est nul de plein droit ; le prononcé de cette nullité incombe aux tribunaux judiciaires. Mais la Commission peut obliger, grâce aux mécanismes de l'astreinte et des amendes[878], les parties à cesser l'infraction. Les victimes de la violation de l'article 101 peuvent en outre demander réparation de leur préjudice, au moyen de dommages-intérêts.
Dans le cas d'une entente prohibée effectuée par une association d'entreprises, donc aussi par le biais d'une société en participation, le plafond de 10% du chiffre d'affaires prévu pour le calcul de l'amende intègre l'ensemble des chiffres d'affaires des sociétés concernées, lorsque l'association peut engager ses membres.

L'abus de position dominante[879] est lui aussi sanctionné par la Commission[880]. Cette dernière peut obliger les contrevenants à cesser l'infraction en leur prescrivant les mesures à prendre et

---

[876] Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 2 octobre 2000 au Conseil de la société Casino relative à une concentration dans le secteur de la distribution de biens de consommation courante, BOCCRF, n°14 du 30 décembre 2000, www.finances.gouv.fr.
[877] TPICE du 21 février 1995 affaire SPO affaire 29/92 confirmé par CJCE du 25 mars 1996 affaire 137/95 relative à une association regroupant elle-même plusieurs associations d'entreprises .
[878] P. Arhel, « Les sanctions des pratiques anti-concurrentielles », note sous TPICE 14 mai 1998, Les Petites Affiches, 22 mars 1999, p.9 : « *la Commission a infligé une amende à une vingtaine de producteurs communautaires de carton pour avoir participé à une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du Traité* ».
[879] Certes l'abus de position dominante est souvent réalisé de façon unilatérale. Mais rappelons qu'un accord de participation peut lui aussi générer un tel abus.
[880] Laquelle détient sa compétence de l'article 3 du Règlement du Conseil 17 du 6 février 1962.

en leur infligeant des amendes. La notion de position dominante collective a été étendue aux concentrations[881], par la Commission en 1988 et par le Tribunal de première instance (TPICE) en 1992. « *La Commission mène une analyse en profondeur des interactions concurrentielles entre les membres de l'oligopole afin de déterminer si ceux-ci constitueront, postérieurement à la concentration, un groupe d'entreprises adoptant un comportement parallèle. Elle procède pour cela à une analyse de leurs comportements passés (évolution des parts de marché, des prix, indices de concertations passées) et de l'accroissement artificiel de la transparence du marché »* [882].

228. La législation française prévoit que l'accord illicite mettant en place par le biais d'une société en participation une entente illégale, est nul de plein droit.
L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés la cessation de l'entente prohibée ou de l'abus de position dominante, dans un délai déterminé. Elle peut infliger des amendes, dont le montant maximal est de dix pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Elle peut aussi ordonner la publication de sa décision et son insertion dans le rapport sur les opérations de l'exercice établi par les chefs de file, le conseil d'administration ou de surveillance. Le chef de file de la société en participation doit ainsi rendre compte aux participants. Certes ces sanctions doivent être proportionnées à l'infraction en cause. Elles ont pour objectif de réparer le préjudice commis à l'encontre de l'économie nationale. Enfin, elles peuvent être accompagnées de sanctions pénales : selon l'article L 420-6 du Code de commerce, peut être punie d'un emprisonnement de quatre ans et/ou d'une amende de soixante-quinze mille euros toute personne physique qui aura pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une entente ou d'un abus de position dominante. En cas d'action illicite sur les prix, les personnes morales en cause s'exposent à une amende de cent cinquante mille euros.

---

[881] TPICE 10 mars 1992 aff.68/89.
[882] L. Muniesa et E. Garcia-Rosado, « Revue de la Concurrence et de la Consommation », Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, n°131, janvier - février 2003, p.11. Cela n'est pas sans poser problème : « *pour qu'il y ait entente, il faut qu'il y ait au moins deux parties qui se mettent d'accord sur certains éléments restrictifs de la concurrence tels que la fixation des prix ou la répartition des marchés… Pour qu'il y ait position dominante collective dans le cadre de l'article 82, le TPI et la CJCE exigent que les entreprises soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché. Or, la CJCE ne précise pas la nature de ces liens. D'après la doctrine ces liens peuvent être juridiques ou financiers, contractuels, affectifs ou économiques. Ainsi de simples comportements parallèles ne suffiront pas pour qualifier une action d'abus de position dominante s'il n'existe pas de liens entre les entreprises en question* », L. Muniesa et E. Garcia-Rosado, idem p.14.

229. La société en participation n'ayant pas la personnalité morale, ce sont les participants qui seront directement sanctionnés. Ces derniers sont de toute façon à l'origine de l'accord illicite. Cette mise en cause directe devient plus problématique en cas de société en participation occulte. Il appartient au chef de file de lever l'anonymat. Les participants ne peuvent pas utiliser l'article 1872-1 du Code civil[883], en raison des adages « *fraus omnia corrumpit* » et « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». D'autre part, une société en participation constituée dans le seul but de contourner la législation sur la concurrence, est illicite donc nulle.

L'application du droit de la concurrence casse l'esprit « social », ou plutôt contractuel, ici répréhensible.

[883] Article 1872-1 : « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers, sauf s'ils ont agi au vu et au su des tiers en qualité d'associé, s'ils se sont immiscés dans la gestion ou si la société gère des biens réputés indivis* ».

Conclusion du deuxième chapitre

230. Comme nous avons pu le constater dans ce chapitre, les sociétés en participation sont parfaitement adaptées à des projets spécifiques : coproduction, investissements en commun, innovation, répartition des risques financiers, pools bancaires, cotraitance… En tant que telles, elles sont des adhocraties.

Si tous les accords de cotraitance ne sont pas des sociétés en participation, la Cour de cassation a néanmoins créé une présomption simple de constitution d'un contrat d'une telle société[884].

Enfin, c'est dans le cadre des accords de cotraitance que le rôle du chef est le plus emblématique, en raison tant du contrat d'entreprise dont il est titulaire que des actes matériels de gestion et de coordination en direction notamment des personnes morales de droit public.

231. En vertu de la jurisprudence Viho[885], « *les concertations entre entreprises distinctes appartenant à un même groupe de sociétés échappent en principe au champ d'application de l'article 101 du TFUE* »[886]. Mais une société en participation en raison même de l'absence de personnalité morale ne peut, selon nous, être qualifiée de société mère et par conséquent, les sociétés participantes ne peuvent bénéficier de l'immunité intra-groupe, d'autant que, parfois, le contrat de société en participation a pour objectif de mettre en place une concertation horizontale ou verticale. C'est pourquoi, la législation européenne sanctionnant les pratiques anti-concurrentielles a vocation à s'appliquer.

---

[884] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002 n°59, p.277.

[885] TPICE 12 janvier 1995, aff. T-102/92, Viho ; CJCE 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, Viho.

[886] N. Petit, « L'actualité du droit matériel des pratiques anticoncurrentielles », Contrats, Concurrence, Consommation, juin 2011, p.11

Conclusion du titre premier :

232. Un contrat est, « *à la fois lien personnel et entité, est également une norme et un instrument d'échange* »[887]. L'intérêt d'une société en participation, en raison de son caractère éminemment contractuel, est d'offrir aux participants l'opportunité de conclure un contrat à façon. Hormis quelques règles impératives, à eux d'organiser le mode opératoire de leur alliance. Les associés de la société en participation prennent ainsi plus l'aspect de participants à un contrat à façon que d'associés proprement dits. Dès lors, la société en participation participe à la tendance actuelle des alliances ; ces dernières, par rapport aux fusions-acquisitions, sont « *présentées comme consommant moins de capitaux et évitant les écueils des entreprises nées d'opérations externes* »[888].

Seule déroge partiellement à cette règle de liberté contractuelle encadrée la société en participation des professions libérales, en raison de la nécessaire protection de ces professions libérales.

Si le contrat conclu entre les participants se veut être une société en participation, la jurisprudence et la loi impliquent la réunion d'éléments fondamentaux : les apports, la répartition des bénéfices et des pertes et l'affectio societatis.

233. Nous avons pu constater que, de par sa nature d'adhocratie, la société en participation est parfaitement adaptée aux opérations ponctuelles de relative courte durée ; qu'elle est en raison de son absence de personnalité morale dénuée de patrimoine social. Pour contourner le problème de l'inexistence du capital social, certains[889] considèrent que la mise en commun des biens nécessaires à l'opération correspondrait à un apport translatif d'un simple droit d'usage. Or, « *l'apport en société est le bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition*

[887] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, p.5.
[888] E.-M. Hernandez et Luc Marco, « L'entrepreneuriat et les théories de la firme », Revue Française de Gestion, 15 janvier 2003, p.1.
[889] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.107.

de la société en vue de l'exploitation. S'il n'y avait pas d'apports, mais seulement travail en commun, il y aurait collaboration et non société. Ce sont les apports qui constituent le patrimoine initial de la société »[890]. De plus, le transfert du droit d'usage peut aussi être effectué dans tout type de contrat d'alliance, qu'il soit de nature sociétaire ou non. C'est pourquoi, il nous semble que la notion « d'apports » dans le cadre d'une société en participation se résume à la mise à disposition de biens, voire d'industrie, au profit de l'objectif ciblé. Cette mise à disposition des biens ou de l'industrie implique nécessairement dessaisissement de certaines prérogatives par les participants[891].

234. Cette aventure en commun, même si la société en participation est constituée pour limiter des risques financiers ou commerciaux, reste subordonnée aux règles protectrices d'une juste et loyale concurrence. Néanmoins, si elle a été créée afin d'assurer la main mise sur un marché, les règles de la concurrence, s'imposant aux règles contractuelles de la société en participation, vont détruire l'économie générale du contrat.

235. Le mouvement du commerce mondial nous démontre que, dans les premiers temps, les législations, notamment socialistes, imposent les joint-ventures contractuelles aux firmes étrangères dans le cadre d'opérations d'implantation. Puis, au fur et à mesure que ces législations s'ouvrent au commerce mondial, ces joint-ventures n'apparaissent plus efficientes. On peut dès lors reprendre pour ce type de sociétés en participation l'appréciation suivante : « *au dogmatisme de l'Etat se substitue celui du marché. Le nouveau modèle de marché «* devient consubstantiel d'une certaine forme, occidentale, de démocratie *»*[892]*. Il se diffuse de façon croissante et tend à tout absorber*. *«* Quasi contrat social *»*[893]*, il facilite le rapprochement de l'intérêt général et des intérêts particuliers, voire une véritable concordance entre les intérêts particuliers dans l'intérêt général »* [894].

[890] M. Germain, *Traité de Droit Commercial*, Georges Rippert et René Roblot, Tome 1,1993, 15ème édition, LGDJ, n° 730, p.599.
[891] S. Brouder-Leibovici, idem p.73 : « *les partenaires d'un pacte d'actionnaires se dessaisissent de certaines prérogatives d'actionnaires de la société cible, telles que leurs prérogatives financières… »*.
[892] D. Mainguy, « Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé », JCP, Cahiers du droit de l'entreprise, 2000, n°3, p.4.
[893] M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique*, APD (Archives de philosophie du droit), tome 40, Sirey 1995, p.286.
[894] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, p.25 citant M.-A. Frison-Roche et D. Mainguy.

Le contrat ayant été élaboré par les participants, il convient de l'organiser dès sa conclusion ; cette organisation est elle aussi fortement empreinte de volonté contractuelle.

Deuxième titre : La mise en commun de l'opération : la mouvance de la société en participation

236. Constituer une société en participation, même non révélée, oblige de la faire connaître au fisc. C'est ainsi que ce dernier a connaissance de près de vingt mille[895] sociétés non immatriculées en France. Pour pouvoir déterminer les impôts à payer il faut que les participants puissent avoir une vision claire de la situation comptable de la société. Il en résulte donc la nécessité de comptabiliser les opérations dès la naissance de la société, notamment la jouissance des biens utiles à l'opération.

237. Il apparaît que le droit fiscal participe au rapprochement entre la société dotée d'une personnalité morale et la société en participation notamment quant à l'utilisation d'un vocabulaire social impropre à la nature éminemment contractuelle de la cette société[896]. Mais il va infiniment plus loin et il est même en déphasage avec cette nature contractuelle puisqu'il va, comme nous le verrons dans ce titre, jusqu'à créer au profit de cette dernière une personnalité fiscale, uniquement pour les besoins de la perception des impôts. Il en est de même avec les vérifications de comptabilité effectuées par l'administration fiscale car une telle vérification *« ne peut être conduite qu'avec la société en participation elle-même »*[897]. Une fois de plus est mis en évidence le pragmatisme du droit fiscal. C'est pourquoi, il convient d'étudier, dans un premier chapitre, la mise en pratique des éléments fiscaux et comptables nécessaires à l'élaboration du contrat.

---

[895] Selon les statistiques élaborées par l'INSEE en 2011.

[896] Tels les apports, les assemblées générales….

[897] CAA Pau 30 décembre 2005 n°01PA03603, Gaz. Pal., 9 novembre 2006, n°313, p.23, note P.-F. Racine : « *même si seuls les associés d'une société en participation sont redevables de l'impôt dû à raison des résultats de celle-ci, une vérification de la comptabilité d'une telle société ne peut être conduite qu'avec elle-même. Lorsque cette vérification fait apparaître que la société est fictive, car n'ayant été créée que pour transférer des déficits entre associés, l'administration peut recourir à l'abus de droit pour redresser les revenus de celui des associés qui a « bénéficié » des déficits et ne commet pas d'erreur de procédure en adressant d'abord une notification de redressement à la société, même si aucun redressement n'est apporté aux résultats de celle-ci, puis en adressant à l'associé une notification motivée par référence à celle adressée à la société* ».

238. Si les concepts fiscaux et comptables sont pour le moins structurés, l'opération elle-même peut avoir des contours mouvants. C'est ainsi que deux mécanismes juridiques cohabitent souvent avec la notion de société en participation : l'indivision et la convention de croupier. Un exemple : une société en nom collectif avait été constituée en 1991 entre vingt et un associés. *« Dix d'entre eux ont conclu des conventions de croupier prenant la forme de sociétés en participation, avec un ou plusieurs investisseurs qui étaient ainsi directement associés à l'opération et à ses avantages fiscaux »*[898]. Quant à l'indivision, tantôt se pose la question de sa distinction avec la société en participation, tantôt sa coexistence avec cette dernière. Pour bien appréhender la plénitude du contrat de société en participation, il nous faut étudier, dans le deuxième chapitre, ces deux mécanismes juridiques.

[898] CA Aix-en-Provence 2 février 2006 ct0024.

Chapitre premier : La mise en œuvre des éléments fiscaux et comptables nécessaires à l'élaboration du contrat

239. Le contrat de société en participation étant conclu, il faut le mettre en œuvre. Dès lors se pose la question de la fiscalité et de la comptabilisation des apports. Le droit comptable explicite les règles à appliquer pour la naissance de la société en participation. L'application du droit fiscal entraîne pour les participants le choix de leur mode d'imposition. Si le droit comptable démontre le caractère éminemment contractuel de la société en participation, le droit fiscal, quant à lui, dans les choix proposés aux participants, institutionnalise le contrat.

240. L'article 206 du Code Général des Impôts (CGI) consacre l'impôt sur les sociétés. Institué en 1948, il frappe les sociétés qui disposent de la personnalité morale. *« La négation de la personnalité morale de certaines sociétés résulte de l'article 206 du CGI qui dresse une liste limitative des sociétés concernées*[899] *par l'impôt sur les personnes morales… »*[900] Par contrecoup, toute organisation non-visée par cet article ne peut être imposée à cet impôt. « *Le droit fiscal nie la personnalité de ces sociétés en considérant que le regroupement des divers associés ne fait pas naître une nouvelle personne morale »*[901].

Ainsi est consacrée la théorie de la transparence[902], de la semi-transparence[903] ou de la translucidité fiscale[904]. Dans le cadre de la semi-transparence, ce n'est pas la société qui est imposée sur les bénéfices, mais les associés pour leur quote-part de résultat, selon leur nationalité[905], leur personnalité fiscale (sociétés de capitaux, sociétés de personnes, personnes

---

[899] Les sociétés de personnes, à savoir les SNC, les sociétés civiles, mais aussi les sociétés en participation, les GIE, les sociétés de copropriété, les sociétés d'investissement…

[900] P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, traité de droit commercial, G. Ripert et R. Roblot, tome 3, 4ème édition, LGDJ, 1995, n°36 p.46.

[901] Ibidem

[902] Ce terme concerne les sociéts immobilières d'attribution (ou sociétés de copropriété).

[903] M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2012-2013*, 36ème édition, Lexis Nexis, septembre 2012 n°659 : les sociétés de personnes, « *visées aux articles 8 et suivants du Code général des impôts, échappent à l'impôt sur les sociétés ; ce sont les associés qui paient l'impôt à raison de leurs droits dans les bénéfices sociaux. Ils ne sont pas pour autant traités comme de simples copropriétaires mais comme de vrais associés. Pour l'essentiel, hors le paiement de l'impôt, il est tenu compte de la personnalité juridique et de la personnalité fiscale de la société. Beaucoup d'auteurs qualifient de translucides les sociétés de personnes qui sont ici qualifiées de semi-transparentes. Telle est l'ambiguïté, et donc la limite, des images* ».

[904] Ce terme est applicable aux sociétés d'investissement.

[905] CAA Paris 22 octobre 1996 n°95PA02795, Joly, 1997, p.178 : cette décision concerne une *association de joint-venture* franco-suédoise, constituée pour l'exploitation d'une plate-forme intermédiaire en béton en mer du Nord. Cette plate-forme est considérée comme un établissement stable échappant dès lors à l'impôt en France.

J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°341 : la jurisprudence considère que la société en participation, bien que n'ayant pas la personnalité morale, n'est pas simplement un contrat dont l'exécution en

physiques), qui va engendrer leur régime fiscal propre : impôt sur le revenu (IR) ou impôt sur les sociétés (IS). « *On a tendance à déclarer qu'une société est transparente dès lors qu'elle échappe à l'impôt sur les sociétés ; c'est aller un peu vite en besogne ; en dehors des sociétés de copropriété, auxquelles il convient de réserver – ce que fait d'ailleurs l'Administration – la notion de transparence, il faut bien distinguer entre les sociétés de personnes qui ne sont que semi-transparentes et les sociétés d'investissement qui sont seulement translucides* »[906]. La société en participation, en raison de la semi-transparence fiscale, devient dans certains cas un instrument d'optimisation fiscale[907] : les participants peuvent intégrer dans leurs déclarations fiscales les pertes de la société[908]. Mais pour ce faire il faut passer par le truchement d'un bilan fiscal et donc d'un patrimoine fiscal.

France est constitutive d'un établissement stable en France pour un associé établi à l'étranger (ou à l'inverse, dont l'exécution à l'étranger serait constitutive d'un établissement stable à l'étranger pour un associé établi en France), mais est un sujet de droit fiscal pour l'imposition de ses bénéfices selon les règles fiscales internes.

A. Colonna d'Istria, note sous CAA Paris 13 mai 1993 n°91PA00193, Joly, 1993, p. 795 : il convient de prendre en considération l'existence de conventions fiscales, dans une affaire franco-suisse. Le ressortissant fiscal suisse est alors imposé à l'IS, mais non à l'IFA (Impôt Forfaitaire Annuel). Car « *l'IFA ne peut concerner que l'activité exercée directement par les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés et non celles qu'elles poursuivent par l'intermédiaire de structures dotées de la transparence fiscale, sociétés de personne et groupement assimilé, sauf à perturber la neutralité fiscale de ces groupements*. Or, en principe, l'assujettissement à l'IFA est lié à celui de l'impôt sur les sociétés ; donc une société en participation doit normalement acquitter l'IFA (Jocelyne Vallansan et Eric Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°292).

CE 18 mai 2009 SA Chevannes : à propos d'une société en participation « *les bénéfices réalisés par une société de personnes à raison d'une activité exercée en France sont imposables à l'impôt sur les sociétés entre les mains de ses membres, y compris ceux qui résident hors de France* ».

[906] M. Cozian « Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés », JCP, Ed. Générale, 1976 I n°2817.

[907] Voir par exemple Cass Com 26 juin 2012 n° de pourvoi 11-18337 : les deux associés ont conclu un contrat de société en participation ayant pour *« objet de permettre le partage des plus-values résultant des cessions de titres de la société LMA après son introduction au marché libre de la bourse de Paris »*. La division des plus-values va permettre la minoration des impôts en fonction du choix fiscal effectué par les participants.

Au risque de mettre en place un mécanisme d'intégration « sauvage » : M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2012-2013*, 36ème édition, Lexis Nexis, septembre 2012 n°871 : « *on sait que dans ce type de société* [société en nom collectif ou société en participation] *l'imposition des résultats est reportée sur la tête des associés, tout comme l'imposition des résultats des filiales intégrées est reportée sur la tête de la société intégrante. Lorsque les résultats d'une filiale sont structurellement déficitaires, il peut être judicieux de choisir la SNC comme vêtement juridique : c'est la raison pour laquelle on trouve tant de SNC dans les organigrammes des groupes. C'est une technique astucieuse de remontée des déficits. Certains esprits intrépides n'hésitent pas à créer une société en participation entre la société mère et l'une de ses filiales. Il s'agit le plus souvent d'un pur artifice permettant de compenser les pertes de l'une des sociétés avec les bénéfices de l'autre. L'administration peut invoquer soit l'abus de droit si la société en participation est fictive ou frauduleuse, soit l'acte anormal de gestion si l'une des sociétés se prive sans motif pertinent d'une partie de ses bénéfices* ».

[908] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, Editions techniques, 1994, n°16, p. 4 : « *pour l'essentiel, le jeu fiscal consiste, pour les entreprises ou sociétés participantes, à prendre en charge dans leurs résultats les pertes éventuelles de leur filiale SEP et, pour les personnes physiques participantes, à bénéficier du statut fiscal du commerçant (en se révélant à l'administration fiscale), sans prendre cette qualité d'un point de vue juridique (en ne se révélant pas aux autres tiers et en ne participant pas personnellement à l'exploitation), de sorte qu'ils puissent relever du régime fiscal des BIC et des avantages fiscaux qui y sont attachés sans endosser la responsabilité juridique d'un commerçant ni se trouver en incompatibilité avec leur profession si, par exemple, il s'agit de fonctionnaires ou de personnes appartenant à une profession libérale réglementée* ».

241. Parallèlement au droit fiscal la société en participation est assujettie comme toute entreprise au droit comptable. Néanmoins, ses spécificités organisationnelles vont entraîner des particularités comptables.

Section 1 : La fiscalité de la naissance d'une société

242. Corrélativement à l'aspect purement contractuel de la transparence, semi-transparence ou translucidité fiscale, où la société n'existe pas fiscalement, le législateur a doté la société en participation d'un patrimoine fiscal. En droit commercial et en droit comptable cette société est dénuée de patrimoine, en droit fiscal, elle en dispose. Il s'agit d'un patrimoine d'affectation nécessaire pour déterminer les bénéfices, ou les pertes, émanant de l'activité sociale, en tenant compte des règles de territorialité applicables en matière d'impôt[909]. Les associés peuvent choisir soit de transférer fiscalement les biens qui sont dès lors inscrits à l'actif fiscal de la société, soit de les mettre à la disposition de la société et en « *conserver fiscalement la propriété… Leurs décisions constituent des décisions de gestion qui leur sont opposables et qui sont opposables à l'administration fiscale* »[910]. Les biens en indivision sont obligatoirement transférés fiscalement à la société en participation.

§ I) La création de l'entreprise : le choix du mode d'imposition lié à la semi-transparence des sociétés de personnes

243. L'article 239 quater du CGI impose aux bénéfices industriels et commerciaux (BIC), les sociétés en participation, sociétés créées de fait et les GIE[911]. Mais le législateur a doté la société en participation d'un régime exceptionnel pour tenir compte de sa spécificité. Lorsque la société est imposée à l'impôt sur les sociétés, il est établi au nom du chef de file « *connu*

[909] CAA Paris 13 mai 1993 Société d'Investissement et de Matériel, Joly, 1993, n°235, p.795 : il s'agit ici d'une application de la convention fiscale franco-suisse.
[910] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°236.
[911] P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Droit Privé, Précis Dalloz, juin 2006, n°92, p.91.

des tiers »[912], quitte à ce dernier de réclamer aux autres participants leur part dans la dette fiscale[913].

1° L'application optionnelle du régime des sociétés de capitaux

244. Les sociétés de personne peuvent en effet opter pour le régime des sociétés de capitaux et, donc, voir leurs bénéfices imposés à l'IS et non plus aux BIC, par application des articles 206-3 et 238 bis L du CGI[914]. De cette option fiscale il résulte des conséquences importantes, dont notamment la possibilité de constituer des réserves, quitte autrefois à risquer l'application du précompte[915], de verser des salaires fiscalement déductibles aux associés…
L'option doit être notifiée au plus tard avant la fin du troisième mois de l'exercice au titre duquel la société souhaite être soumise pour la première fois à l'IS. Elle doit être signée par tous les associés[916].

Lors de la déclaration des résultats est fourni par le « gérant », un *état indiquant :*

- *« les noms, prénoms, professions et domiciles des associés gérants et des coparticipants ;*
- *le montant des sommes versées à chaque associé gérant ou coparticipant, pendant la période retenue pour l'assiette de l'IS, à titre de traitements, émoluments et indemnités, remboursements forfaitaires de frais ou autres rémunérations de leurs fonctions dans la société, et l'année au cours de laquelle ces versements ont été effectués »*, en vertu de l'article 48 paragraphe 6 annexe III du CGI[917].

---

[912] M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2012-2013*, 36ème édition, Lexis Nexis, septembre 2012, n°672.
[913] En application de l'article 218 alinéa 2 du CGI.
[914] Guide pratique du contribuable, Union SNUI-SUD Trésor Solidaires, 2012, n°6600 et 6610.
[915] Les sociétés françaises qui distribuaient jusqu'au 31 décembre 2004 des dividendes devaient acquitter le précompte, appelé souvent précompte mobilier, « *dans la mesure où ces dividendes ne provenaient pas de bénéfices taxés à l'impôt sur les sociétés au taux normal au titre des cinq années précédentes* », Memento Pratique Francis Lefebvre *Fiscal*, 2004, n°2170.
[916] *Fiscalité – Stratégie pour les entreprises et la profession, 46ème congrès de l'ordre des experts comptables*, Editions Comptables Malesherbes, 1991, p.158.
[917] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°249.
Sur l'imprimé n°2065 bis correspondant à la déclaration pour les personnes morales passibles de l'IS.

2° L'application obligatoire du régime des sociétés de capitaux

245. Elle repose sur une décision des associés et entraîne une dichotomie dans le régime fiscal applicable à la société en participation, et plus particulièrement des participants en fonction de la personnalité fiscale de chacun d'entre eux[918]. L'IS s'applique à « *la participation au bénéfice correspondant aux droits des associés autres que ceux indéfiniment responsables ou dont les noms et adresses n'ont pas été indiqués à l'administration* »[919]. L'indication de la personnalité des associés s'effectue au plus tard avant l'expiration du délai dans lequel la déclaration relative au premier exercice en cause doit être déposée[920]. La simple reprise par les participants dans leur propre déclaration de la quote-part de bénéfices ne suffit pas[921].

Il ne faut pas pour autant considérer que cet assujettissement à l'IS confère à la société en participation la réalité d'une personnalité morale. Il s'agit plus de pragmatisme fiscal : n'ayant pas le nom des associés occultes, les bénéfices ne peuvent être taxés au sein de leur foyer fiscal. Or le non-assujettissement à l'IS reviendrait à admettre l'évasion fiscale. *« De cette règle, on ne peut déduire la reconnaissance de la personnalité fiscale de ces sociétés »*[922].

Même lorsque l'IS ne touche qu'une part du résultat de la société en participation, il est établi au nom de la société ou du « gérant » connu des tiers, selon l'article 218 alinéa 2 du CGI. Les acomptes d'IS sont calculés sur la part des bénéfices « *correspondant aux droits des associés, dont les noms et adresses n'ont pas été communiqués à l'administration* »[923], selon l'article 361 de l'annexe III du CGI. « *La part des bénéfices relevant des associés indéfiniment responsables n'a pas à être prise en compte* »[924]. Cette situation peut alors être qualifiée « *d'hybride* »[925].

Quant à la SEL, elle « *relève de l'impôt sur les sociétés alors que, dans une société civile professionnelle, les bénéfices sont imposés «* entre les mains *» des associés à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des BNC* » [926].

---

918 A savoir leur imposition à l'IS ou à l'IR .
919 J. Vallansan et E. Desmorieux, idem.
920 CE 21 avril 2000 SA DANONE, Joly, 2000, p.745, note Eric Desmorieux.
921 CAA Paris 31 janvier 1996 SA DANONE 94PA01462, Joly, 1996, p.543.
922 P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, traité de droit commercial, G. Ripert et R. Roblot, tome 3, 4ème édition, LGDJ 1995 n°36.
923 J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°253.
924 J.Vallansan et E. Desmorieux, idem.
925 P. Serlooten, idem n°648.
926 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des Sociétés*, LITEC LexisNexis, 2011, 24ème édition, n°1339.

L’administration fiscale assimile les sociétés en participation à des SNC pour le régime fiscal des sociétés de personnes, à des SARL, lors de l’application du régime fiscal des sociétés de capitaux et à des commandites simples pour les sociétés « hybrides ».
« Dans le mois qui suit la déclaration des apports entraînant création de la société créée de fait ou de la société en participation, les associés doivent déposer une déclaration détaillée des biens apportés…Cette déclaration doit indiquer :

- *la consistance et l’origine de propriété des apports ;*
- *le caractère pur et simple ou onéreux des apports ;*
- *la valeur réelle de chacun des éléments apportés ;*
- *le montant du capital nominal créé »*[927].

La société en participation est ainsi « transformée » en véritable société dotée d’un patrimoine. Par conséquent, elle doit établir à la fin de chaque exercice un bilan fiscal que nous étudierons dans le cadre de la deuxième partie.

Après le choix de l’imposition effectué par les participants, se pose le problème de la fiscalité de leurs « apports ».

§ II) La fiscalité des « apports » et les droits de mutation

246. *« En cas d’apports, la société devient alors, sur le plan strictement fiscal, propriétaire des biens que les associés lui ont apportés »*[928]. Cette règle fiscale emporte deux conséquences : l’application des droits d’apports et la constatation des plus-values liées à l’apport. Or, puisqu’il y a apports, il faut bien envisager en contrepartie l’existence d’un capital fiscal, en cas de société en participation ostensible, ou, à défaut, une apparente mutation au profit du « gérant », en raison du *« souci accentué de protéger les tiers par la théorie de l’apparence en reconnaissant la propriété du gérant lorsque celui-ci dispose de la somme investie directement… L’attribution de parts sociales en contrepartie de la somme*

[927] B. Jadaud, « Sociétés créées de fait et société en participation », Defrénois, 1983, p.417.
[928] CAA Nantes 27 octobre 1998 n°95NT01409 et 96NT02191, Droit des Sociétés, 1999, n°108, annoté J.-L.Pierre. Mais *« l’inscription au bilan fiscal de la société en participation n’est pas obligatoire, mais seulement facultative, pour les biens appartenant en propre à l’un des associés que celui-ci affecte à l’exploitation sociale »*, Mémento pratique Francis Lefebvre *Fiscal,* 2013, n°37800.

*apportée est à cet égard un signe caractéristique car elle manifeste à la fois l'affectio societatis de l'apporteur et sa participation aux bénéfice*s et aux pertes*…* »[929].

Pour considérer qu'il s'agit d'un véritable apport, l'administration doit prouver que :

- *« l'associé doit participer aux bénéfices et aux pertes de la société, normalement en proportion de sa part dans le capital social ;*
- *il doit être remboursé après les créanciers sociaux ;*
- *il doit enfin pouvoir participer aux décisions que doit prendre la société ».* [930]

L'assimilation de la société en participation à des sociétés proches (SNC, SARL ou commandites simples) concerne aussi les droits d'enregistrement, hormis les apports en jouissance des immeubles et des droits immobiliers, nous semble-t-il, qu'ils soient ou non inscrits à son actif fiscal. « *L'absence de transfert civil de la propriété de ces biens, qui emporte absence de mutation à la conservation des hypothèques est ainsi pris en compte par l'administration fiscale »*[931]. On constate dans cette règle une amorce d'entorse au caractère social de la société en participation. Mais, l'apport d'un immeuble en pleine propriété est une cession à titre onéreux soumise au régime des plus-values immobilières. Cette règle a été élaborée, de façon inédite, par la Cour administrative d'appel de Paris, le 6 février 2003. Il est vrai que « *l'actif constitutif de la société stipulait « une mise en propriété en commun de l'immeuble pour le gérer en indivision »* et que *l'immeuble a été inscrit au bilan de la société en participation »*[932]. Dans ces conditions, il y a bien transfert de l'immeuble dans le patrimoine de la société en participation, même si ce dernier n'est pas opposable aux tiers.

247. Comme pour toute « véritable » société, l'apport des autres biens va être soumis soit à la TVA, soit aux droits d'enregistrement[933]. Lorsque les apports sont soumis à la TVA, cette

---

[929] C. David, note sous Cass Com 11 février 1985, Revue des Sociétés, 1986, p.263 : à propos de sommes investies par la société Gaumont dans des films.
[930] C. David, note sous Cass Com 11 février 1985, idem.
[931] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux,* Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°278.
[932] F. Deboissy, Chronique Régime fiscal des affaires, RTD Com, 2003, p.836.
[933] Cass Com 11 février 1986, Joly, 1986, p.256 : *en refusant de considérer comme des apports taxables les sommes investies par la Société Gaumont … .*
Les règles de paiement des droits dépendent des caractéristiques de ces derniers :

- s'il s'agit de droits fixes, les différents droits ne se cumulent pas ; seul le droit fixe le plus élevé est pris en compte ;
- pour les droits proportionnels et les droits progressifs, sur un même acte, les droits s'additionnent ;
- si les droits proportionnels et les droits progressifs sont supérieurs au droit fixe, seuls les proportionnels et progressifs sont perçus ;

dernière est collectée par l'apporteur. Ce dernier reverse la TVA et la société bénéficie d'un droit à déduction. L'apport est réalisé pour un montant TTC, correspondant à la valeur hors taxe (HT) du bien apporté et à la créance sur l'Etat égale à la TVA déductible. Si la société en participation acquitte la TVA à la place de l'apporteur, l'apport est réalisé pour le montant HT. Les apports soumis à la TVA concernent les marchandises neuves et les biens mobiliers d'investissement[934].

Quant aux droits d'enregistrement, ces derniers concernent les apports à titre purs et simples[935], à titre onéreux[936] et mixtes[937] .

- ➢ si les droits proportionnels et les droits progressifs sont inférieurs au droit fixe, seul le droit fixe est perçu. Le minimum de perception s'élève au droit fixe de vingt-cinq euros.

[934] Les cessions de biens mobiliers d'investissement usagés sont soumis à la TVA sur le prix de cession, à condition que l'acquisition de ces biens ait permis une déduction complète ou partielle de la TVA. Pourtant l'apport reste non soumis à la TVA, s'il est effectué par un associé avec les autres éléments de son fonds de commerce.

[935] L'apporteur reçoit des parts ou des actions en contrepartie de ses apports, effectués en espèces ou nature. En principe, les droits d'enregistrement ne sont pas dus. Le droit fixe de mille cinq cent francs a été supprimé à compter du 1er janvier 2000. Toutefois, les droits d'enregistrement sont dus si les biens apportés sont des fonds de commerce ou droit au bail ou promesse de bail et si l'apport est réalisé par un apporteur non soumis à l'IS à une société soumise à l'IS. Le droit de mutation de 5 % est applicable, depuis le 1er janvier 2006, quel que soit la nature du bien apport. Mais pour les fonds de commerce, il ne s'applique qu'à la fraction de la valeur excédant vingt-trois mille euros. Ce droit ne s'applique pas si l'apporteur prend l'engagement de garder pendant trois ans les titres remis en contrepartie de l'apport (depuis la loi de finances pour 2002, si l'apport est réalisé à compter du 1er janvier 2002 et pour ceux qui sont déjà réalisés à cette date pour lesquels des engagements de conservation sont en cours ; antérieurement, le délai s'élevait à cinq ans). Le paiement peut être fractionné en cinq annuités égales, sur demande expresse de l'entreprise.

[936] Quant aux apports effectués à titre onéreux, l'apporteur ne reçoit pas en contrepartie de droits sociaux. La société prend en charge un passif ou achète le bien. Cet apport étant assimilable à une vente, on applique les taux de droit de mutation, Francis Lefebvre *Fiscal,* 2013, n°66900 et suivants et n°65400 et suivants :

- pour les immeubles ou droits immobiliers, le droit de cinq pour cent s'emploie (en réalité 5.09006 % pour les cessions réalisées à compter du 1er janvier 2011) ;
- pour les cessions de parts sociales réalisées depuis le 6 août 2008 (loi du 4 août 2008 article 64) : elles sont en générale soumises à un droit de trois pour cent ;
- pour les fonds de commerce, le barème est progressif : jusqu'à vingt-trois mille euros, aucun droit n'est dû, donc le taux est à zéro pour cent. A compter d'une valeur de vingt-trois mille euros, jusqu'à deux cent mille euros, il s'élève à trois pour cent ; au-delà, le droit est fixé à cinq pour cent.

  Le fonds de commerce correspond aux éléments incorporels, à savoir la clientèle, le droit au bail, le nom commercial…., les éléments corporels (matériel, mobilier…) et les marchandises neuves. C'est l'ensemble des deux premiers qui est soumis au barème progressif, les marchandises neuves étant soumises à la TVA. Les créances ne font pas partie du fonds. Le brevet d'invention exploité s'analyse comme un élément du fonds de commerce. S'il n'est pas exploité, le droit fixe est seul exigible (vingt-cinq euros) ;
- pour le mobilier d'investissement , seule la TVA est due, dans la mesure où déduction antérieure a été totale ou partielle ;
- pour les créances et autres biens mobiliers, espèces et assimilés : le principe est qu'aucun droit n'est dû, sauf en cas d'enregistrement volontaire. Le droit est alors de vingt-cinq euros. L'enregistrement volontaire permet de donner date certaine à l'acte.

[937] La rémunération est effectuée en partie par des titres et par une reconnaissance de dettes. L'entreprise a la possibilité de désigner dans l'acte de constitution les biens apportés à titre onéreux et les biens apportés à titre pur et simple. Elle a intérêt pour les biens à titre onéreux à viser les moins taxés. Pour l'apport d'un fonds de commerce l'intérêt est relativement inexistant, car les droits purs et simples et à titre onéreux sont identiques. Si l'entreprise n'effectue pas elle-même la répartition, l'administration considère que chaque bien est apporté pour partie à titre onéreux et pour partie à titre pur et simple.

La société qui reprend l'intégralité des éléments de l'actif professionnel d'une entreprise individuelle et accepte de prendre en charge le passif, bénéficie d'un régime de faveur. En effet, si l'apporteur s'engage à garder les titres pendant trois[938] ans aucun droit n'est perçu.

248. Quant à la constatation des plus-values liées à l'apport, l'article 151 du CGI établit un régime de faveur : « *un sursis d'imposition de la plus-value constatée sur l'apport de la clientèle*[939] *et un étalement*[940] *de l'imposition de la plus-value sur les immobilisations amortissables* » [941]. Certes, l'article 151 du CGI ne vise pas les sociétés en participation, mais la Cour administrative d'appel de Nantes, le 27 octobre 1998, a estimé à propos d'une société en participation entre deux avocats, qu'une telle société doit « *être regardée comme exerçant une activité professionnelle au sens de l'article 151 du CGI* ». Ici s'applique la théorie de la mutation conditionnelle. « *Selon cette théorie, l'apport en société n'est pas translatif de propriété ; il faut attendre la dissolution de la société pour savoir s'il y a ou non transfert de propriété* »[942] . Le taux d'imposition des plus-values sera celui en vigueur au moment de la cession qui met fin au report d'imposition[943].

La question de la fiscalité de la naissance de la société en participation ne peut se résoudre qu'avec celle de sa comptabilité.

---

938 Trois ans depuis la loi de finances pour 2002 si l'apport est réalisé à compter du 1er janvier 2002 et pour ceux qui sont déjà réalisés à cette date pour lesquels des engagements de conservation sont en cours. Antérieurement, le délai s'élevait à cinq ans.

939 Jusqu'à la cession du bien par la société, le rachat des droits sociaux par la société, la cession – même partielle – des droits sociaux à titre onéreux par l'apporteur ou la dissolution de la société.

940 Quinze ans pour les constructions, cinq ans sur les autres biens.

941 CAA Nantes 27 octobre 1998 n°95NT01409 et 96NT02191, Droit des Sociétés, 1999, n°108, annoté par J.-L. Pierre.

942 M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, Editions LITEC 11ème édition, août 1998, n°581.

943 CE 10 avril 2002 n° de pourvoi 226886, Joly, 2002, p.811 note C. Nouel, Droit Fiscal, 2002, n°27 et F. Deboissy, « Mise en société de l'entreprise individuelle : mode d'emploi », Chronique Droit fiscal des affaires, RTD Com, 2003, p.584.

Section 2 : La reconnaissance d'un partenariat mais non d'une véritable société dans la comptabilisation des « apports »

249. L'obligation de tenir une comptabilité s'impose aux sociétés commerciales en vertu de l'article L123-12, du Code de commerce[944], la comptabilité devant présenter une image fidèle du patrimoine, de la situation financière de l'entreprise, par le biais du bilan, du compte de résultat et de l'annexe[945].

« La comptabilité en tant qu'ensemble de normes visant dans un stade final à permettre l'élaboration de documents est assez naturellement au carrefour des deux disciplines que sont la gestion et le droit »[946]. La comptabilité est en réalité la transcription chiffrée de règles juridiques, notamment de droit commercial ou de droit fiscal. *« Procédé faisant appel à un corpus de règles définies par le législateur ou les autorités professionnelles, elle évoque à ce titre le droit comptable ; technique productrice de comptes, elle relève des sciences de gestion et au sein de celles-ci des techniques de comptabilité générale ou analytique, de la théorie de l'information, de l'analyse financière »*[947]. Or, à organisation particulière, comptabilité particulière. La comptabilité des opérations faites par l'intermédiaire d'une société en

---

[944] Article L 123-12 Code de commerce : « *toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement. Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise. Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable* ».

[945] Le bilan met en évidence le patrimoine de l'entreprise : au passif, les ressources (capitaux propres, provisions pour risques et charges et dettes) et à l'actif l'utilisation de ces ressources, à savoir les emplois (immobilisations, stocks, créances et disponibilités). Le compte de résultat présente le bénéfice ou la perte liée à une année d'activité, à travers les charges (emplois) et les produits (ressources). L'annexe explicite certains comptes ou certains éléments de la comptabilité. Les emplois augmentent au débit (colonne de gauche) et diminuent au crédit (colonne de droite). Quant aux ressources, le mouvement est inverse : augmentation au crédit et diminution au débit.
Les comptes sont ordonnés en classes. Les classes du bilan sont
- 1 : les capitaux propres : comptes du passif
- 2 : les immobilisations : comptes d'actif
- 3 : les stocks : comptes du passif
- 4 : les tiers : comptes d'actif (clients…) et de passif (fournisseurs…)
- 5 : les comptes financiers : plutôt comptes d'actif.

Les comptes du compte de résultat sont :
- 6 : les charges
- 7 : les produits.

[946] J.-L.Médus, « Droit et gestion », *Encyclopédie de Gestion*, sous la direction de Yves Simon et Patrick Joffre, 2ème édition 2001, tome 2, n°52, p.1028.

[947] Ibidem.

participation reprend à la fois les critères généraux requis pour toute comptabilité mais aussi les spécificités de la société en participation :

- l'absence de personnalité morale ;
- la reddition des comptes entre ses membres ;
- le régime fiscal particulier ;
- *« la sincérité, la régularité des comptes et la cohérence entre elles des comptabilités de ses membres, la sincérité impliquant la mise en évidence des engagements de solidarité »*[948].

250. Il ne s'agit pas d'une adaptation de la comptabilité des sociétés à une structure, mais d'une véritable originalité comptable. Cette comptabilité prend en considération tant le point de vue des associés que des tiers. Vis-à-vis des associés il faut mettre en évidence la réalité économique du contrat. Bien qu'il y ait absence d'obligation comptable formelle, en raison de l'absence même de personnalité morale, les associés ont tout intérêt à en mettre une en place. Ils se retrouvent dès lors devant une option : la comptabilité de la participation est autonome ou elle est intégrée à celle du chef de file. Cette dernière solution, qui nécessite la subdivision des comptes de classe 6 « charges » et 7 « produits », est utilisable pour les sociétés en participation de relativement courte durée, sans trop d'inconvénients. Les opérations sont inscrites dans la comptabilité de chacun des participants, emmêlées avec leurs activités propres[949].

251. Pour des opérations de moyen ou long terme, le risque de confusion entre des activités propres et celles de la société en participation rend difficile, voire ne permet pas une analyse financière approfondie. En outre, cette procédure n'est pas à prescrire en raison des difficultés pour établir par la suite le bilan fiscal. C'est pourquoi nous étudierons la solution de la comptabilité autonome.

Dès lors, il convient d'envisager la comptabilité des « apports » dans le cadre de cette première partie, celle de l'acquisition ou la création de biens, la répartition des bénéfices et des déficits et les documents de synthèse figurant dans la deuxième partie.

---

948 Mémento pratique Francis Lefebvre *Comptable*, 2012, n°4254.

949 C. Dupouy, « La comptabilité des sociétés en participation », Revue des Sociétés, 1979, p.753.

252. N'ayant pas la personnalité morale, la société en participation ne peut être propriétaire des biens « apportés » ; ils lui sont affectés en jouissance. Vont donc être utilisés deux comptes qui démontrent l'ambivalence de cette société :

- ⇨ le compte 458 « associés – opérations faites en commun ». Il s'agit d'un compte spécifique pour chaque associé, surtout si la société est ostensible. En outre, *« les droits des coparticipants non gérants dans les biens acquis ou créés dans le cadre de l'activité de la société en participation sont constatés dans leur bilan au compte 268 « créances rattachées à des société en participation » par le crédit du compte 458 « opérations faites en commun ». Les mises de fonds entre les coparticipants sont enregistrées au compte 458 »* [950] ;
- ⇨ le compte 188 « compte de liaison société en participation ».

Prenons comme exemple une société en participation constituée par deux vétérinaires. Les « apports » respectifs sont du numéraire pour vingt mille euros pour le chef de file et vingt-cinq mille euros pour l'autre associé :

- ⇨ dans la comptabilité autonome de la société, l'opération sera inscrite de la façon suivante :

512 banque		45000	
	188 liaison gérant		20000
	458 associé X		25000

Le compte 458 « associé » met en évidence, non pas un apport stricto sensu, mais une dette à l'égard du coparticipant ;

- ⇨ dans la comptabilité propre du chef de file, apparaîtra « l'apport » :

188 liaison société en participation		20000	
	512 banque		20000[951]

L'absence d'utilisation du compte 101 « capital »[952] et, au contraire, la comptabilisation des apports en compte 188 rapprochent les sociétés en participation du droit comptable des succursales. En effet, ces dernières voient leurs opérations inscrites en compte 181 « compte

[950] Mémento pratique Francis Lefebvre *Comptable,* 2012, n°1940-3.
[951] R. Obert, *DECF épreuve n° 6 Comptabilité approfondie et révision*, Dunod, mai 2000, p.291.
[952] Dans les sociétés, le compte 101 représente la valeur nominale des actions ou des parts sociales. Il retrace l'évolution du capital tout au long de la vie de la société. Ainsi, il est crédité lors d'augmentations de capital, en nature, en espèces, par incorporation de réserves, et débité lors de réductions de capital, en cas d'absorption de pertes ou de remboursement aux associés.
Voir aussi Mémento pratique Francis Lefebvre *Comptable,* 2012, n°3165.

de liaison entre établissements ». L'état d'esprit est donc le même. En effet, les comptes 18 « comptes de liaison des établissements et des sociétés en participation » sont mouvementés pour la comptabilisation des cessions entre établissements, succursales, usines ou ateliers d'une « *même entité qui tiennent des comptabilités autonomes* ». La comptabilité met ainsi en évidence le manque de personnalité morale, mais aussi l'absence de reconnaissance sociale de la société en participation. En effet, en la calquant sur la succursale, le droit comptable lui dénie le caractère de société. Cette conception est d'autant plus frappante quand on considère la personnalité comptable reconnue aux entreprises individuelles qui n'ont pourtant pas la personnalité morale, en tant que telles, leur personnalité étant celle de leur entrepreneur[953]. Certes, pour une entreprise individuelle, le compte 101 « capital » est remplacé par le compte 108 « compte de l'exploitant ». Mais l'entreprise individuelle est tenue d'effectuer une comptabilité propre, hors éléments personnels de l'exploitant, alors que la comptabilité de la participation peut être autonome ou intégrée à celle du chef de file. Enfin, pour tenir compte du droit des sociétés, le droit comptable aurait pu envisager la création d'un compte « apports aux sociétés en participation » en remplacement du compte 101. L'alignement sur les succursales lui dénie le caractère social.

253. Il est permis de constater une dichotomie entre le droit fiscal et le droit comptable. Celle-ci est nettement mise en évidence avec la TVA : un des associés, notamment le chef de file, peut être considéré sur le plan comptable comme le propriétaire apparent d'une immobilisation. Or la société en participation reste bien souvent le redevable de la TVA afférente à l'acquisition.

Dans le même état d'esprit il est possible, sur le plan comptable ou en gestion pour une société en participation de conclure des contrats[954], alors qu'en droit commercial, seuls les participants peuvent contracter en leur nom au profit de l'opération. Le droit comptable assimile donc économiquement les sociétés en participation à des succursales, toutes deux n'ayant au demeurant pas la personnalité morale. Le droit comptable a en effet pour vocation de mettre en évidence l'objectif final.

---

[953] Sur la personnalité comptable des entreprises individuelles voir A. Viandier et C. de Lauzainghein, *Droit Comptable*, Précis Dalloz 2ème édition, 1993, n°4, p.2 et 3.

[954] Voir le contrat proposé par Eurotunnel, société en participation, composée de France Manche SA et The Channel Group LTD pour de l'ingénierie ferroviaire (conception, réalisation et fournitures de vingt et un ensembles pupitres et automatismes associés destinés à équiper les véhicules ferroviaires d'Eurotunnel). Dans cet appel d'offres, la société en participation apparaît comme « l'entité adjudicatrice ». http://www.x-rail.net/render.asp?o=3358.

254. Les « apports » en nature reprennent l'esprit d'une société en participation : les associés ont le choix de les affecter ou non à ladite société. En outre, il ne faut pas oublier qu'une telle société peut naître d'une indivision.
Trois cas sont à envisager : les apports non affectés à la société en participation, ceux affectés à la société et ceux liés à une indivision.

§I) Les « apports » non affectés fiscalement à la société en participation

255. Dès lors que « l'apport » n'est pas affecté fiscalement à la société en participation, l'associé garde la pleine et entière propriété, même fiscale, du bien. Il en résulte que seul cet associé peut l'amortir. Lorsque « l'apport » est effectué par le chef de file, il doit enregistrer, dans sa comptabilité propre, « *la dotation aux amortissements puis son affectation à la société en participation et la TVA collectée, par le débit du compte 188* »[955]. Ces opérations ne sont pas considérées fiscalement comme internes. Elles sont donc imposables à la TVA. *« Dans la comptabilité de la société en participation, il constate la dotation aux amortissements par le compte 188, liaison gérant »*[956], pour tenir compte de la déprédation irrésistible du bien non affecté par l'utilisation effectuée par la société en participation.
En fin d'exercice, le chef de file doit reprendre les soldes de la société en participation, notamment afférant à cette immobilisation dans sa comptabilité propre, grâce à la reprise de la balance de la société, en tenant compte de la part des autres associés, pour intégrer en comptabilité la non affectation. Il est dès lors permis de constater que les comptes de la société sont soldés.

Prenons comme exemple une autre société en participation dont l'activité est un cabinet de vétérinaires. « L'apport »[957] par le chef de file est une mise à disposition d'un matériel de valeur de trois cents kilos euros[958], amortissable en trois ans. La dotation aux amortissements s'élève alors à cent kilos euros. Le chef de file détient, dans cette société, 60 % des « parts » et l'autre associé 40%. Le terme de « parts » n'est pas approprié mais il représente ici les droits de chacun dans la répartition des bénéfices et des pertes.

---

[955] Mémento pratique Francis Lefebvre *Comptable,* 2012, n°4263-1.
[956] Mémento pratique Francis Lefebvre *Comptable,* 2012, n°4263-1.
[957] Chaque écriture retrace les différents mouvements à leur date respective.
[958] Soit trois cent mille euros.

La comptabilité de la société se présente comme suit :

681 dotation aux amortissements 100

44566 TVA déductible aux autres biens 19,60

188 compte de liaison 119,60

affectation de la dotation aux amortissements

La société en participation prend dès lors dans ses charges la perte liée à l'usure économique du matériel.

188 compte de liaison 119,60

681 dotation aux amortissements 100

44566 TVA collectée 19,60

A la fin de l'exercice, reprise de la balance (donc des comptes) *de la société en participation*

En fin d'exercice, en raison de l'absence de personnalité juridique, cette dotation aux amortissements est « réaffectée » à la comptabilité propre du chef de file, grâce au compte 188, et à celle de l'autre associé, par le biais du compte 458.

Pour l'autre associé, le seul mouvement concerne la reprise de la balance :

655 quote-part de opérations faites en commun 40

458 gérant 40

Ces quarante kilos euros correspondent à ses droits sur la dotation aux amortissements, à savoir 100 x 40 %.

La comptabilité propre du chef de file intègre, en trois temps différents de l'exercice comptable, les mouvements d'apport et de reprise de la balance, le matériel étant préalablement enregistré dans le compte 215 « matériel et outillage » :

681 dotation aux amortissements 100

2815 amortissement du matériel 100

comptabilité de l'amortissement

188 compte de liaison 119,60

681 dotation aux amortissements 100

44571 TVA collectée 19,60

affectation de la dotation

681 dotation aux amortissements 100
44566 TVA déductible sur autres biens 19,60
458 associé X 40
188 compte de liaison 119,60
755 quote-part des opérations faites en commun 40
reprise de la balance de la société

En fin d'exercice comptable, la dotation aux amortissements annuelle est ainsi réintégrée dans la comptabilité de « l'apporteur » chef de file.

Lorsque « l'apport » est effectué par un associé non chef de file, l'apporteur constate, dans sa comptabilité, la dotation aux amortissements. Cette dernière est répercutée dans la comptabilité de la société en participation comme une location. En fin d'exercice, il convient de solder les comptes de la société et d'intégrer dans la comptabilité du chef de file et de celle des autres associés, cette « location ». Prenons comme exemple « l'apport » par l'associé non chef de file d'un matériel de valeur de trois cents kilos euros, amortissable en trois ans. La dotation annuelle aux amortissements s'élève alors à cent kilos euros. Le chef de file détient 60 % des parts et l'autre associé 40%. La comptabilité de la société intègre la location et la reprise des comptes :

44566 TVA déductible sur autres biens 19,60
613 location 100
458 associé X 119,60
intégration de la dotation aux amortissements sous forme de location
458 associé X 119,60
613 location 100
44566 TVA déductible sur autres biens 19,60
reprise de la balance de la société en fin d'exercice comptable.

« L'apporteur », associé non chef de file, a préalablement comptabilisé le bien « apporté » dans le compte 215 « matériel et outillage ». Il constate l'amortissement du bien, puis l'affecte à la société en participation.

681 dotation aux amortissements 100
2815 amortissement du matériel 100
dotation aux amortissements du bien apporté

458 gérant 119,60
708 locations 100
44571 TVA collectée 19,60
affectation de la dotation sous forme de location

655 quote-part des opérations faites en commun 40
458 gérant 40
part de l'associé dans la reprise des comptes de la société

Chez le chef de file, la seule écriture concerne la reprise des comptes de la société :

613 locations 100
458 associé X 40
44566 TVA déductible sur autres biens 19,60
755 quote-part des opérations faites en commun 40
458 associé X 119,60

La charge intégrée dans la comptabilité du chef de file s'élève donc à 60 % de la dotation annuelle aux amortissements, ces 60 % représentant les droits de celui-ci dans la société en participation.
Après avoir étudié la situation des « apports » non affectés fiscalement, il convient d'envisager ceux affectés fiscalement à la société en participation.

§II) Les « apports » affectés fiscalement à la société en participation

256. Lorsque les biens apportés en jouissance sont affectés au bilan fiscal de la société en participation, il est nécessaire de constater la dotation annuelle aux amortissements au niveau

de la société en participation. La fiscalité des apports trouve alors à s'appliquer : tantôt il faut taxer l'apport à la TVA, tantôt aux droits d'enregistrement, tantôt ni à l'un, ni à l'autre. En effet, les marchandises neuves destinées à la revente sont exonérées de droits d'apport. Lorsque « l'apport » est soumis aux droits d'enregistrement, ces derniers sont comptabilisés en compte 6354 « droits d'enregistrement et de timbres ». Ils devront dès lors être « versés » dans les comptes 655/755 « quote-part des opérations faites en commun ». Quant à la TVA sur « l'apport », elle fait naître une créance de TVA déductible au profit de la société en participation.

Rappelons que les apports affectés à la société en participation rentrent dans le patrimoine fiscal de la société. Dès lors, en cas de cession ultérieure du bien, la société en participation doit déterminer la plus ou moins-value, quitte à tenir compte de l'application de la théorie de la mutation conditionnelle.

Prenons comme exemple « l'apport » par le chef de file d'un matériel de valeur de trois cents kilos euros, amortissable en trois ans. La dotation aux amortissements s'élève alors à cent kilos euros. Le chef de file détient 60 % des parts et l'autre associé 40 %.

Le chef de file a préalablement acheté le bien et a comptabilisé cette acquisition au débit du compte 215 matériel. Il doit dès lors le « sortir » de ses immobilisations pour l'affecter au patrimoine fiscal de la société. Mais, en fin d'exercice il réaffecte cette immobilisation dans son patrimoine, en intégrant la dotation aux amortissements, mais aussi les droits de l'autre associé, en raison de l'absence de personnalité juridique de la société en participation.

188 compte de liaison	300	
215 matériel		300
« *apport » du matériel à la société*		
681 dotation aux amortissements	100	
215 matériel	300	
458 associé X	40	
281 amortissement du matériel		100
188 compte de liaison		300
755 quote-part des opérations faites en commun		40

reprise, en fin d'exercice, des comptes de la société, en tenant compte des droits de l'autre associé

La prise en compte de 40 % de la dotation aux amortissements, par l'autre associé, génère pour lui un produit équivalent.
Au niveau de la société, en fin d'exercice, les comptes sont à nouveau soldés :

215 matériel	300	
188 compte de liaison		300

lors de « l'apport » du matériel à la société

681 dotation aux amortissements	100	
281 amortissement du matériel		100

constatation de la dotation annuelle aux amortissements en fin d'exercice comptable

281 amortissement du matériel	100	
188 compte de liaison	300	
215 matériel		300
681 dotation aux amortissements		100

reprise des comptes de la société en participation en fin d'exercice comptable

Pour l'autre associé, le seul mouvement concerne la reprise de la balance, en fonction de ses droits dans la société en participation :

655 quote-part de opérations faites en commun	40	
458 gérant		40

Lorsque « l'apport » est effectué par un autre associé, ce dernier constate la dotation aux amortissements et facture au chef de file une location correspondant à cette dotation aux amortissements.
Prenons comme exemple « l'apport » par l'associé non chef de file d'un matériel de valeur de trois cents kilos euros, amortissable en trois ans. La dotation annuelle aux amortissements s'élève alors à cent kilos euros. Le chef de file détient 60 % des parts et l'autre associé 40 %.
La comptabilité de l'associé apporteur non chef de file se présente comme suit, le matériel étant préalablement enregistré dans le compte 215 « outillage industriel » :

681 dotation aux amortissements	100	
281 amortissement du matériel		100

comptabilisation de la dotation

458 gérant	100	
708 location		100

affectation de la dotation sous forme de location

655 quote-part des opérations faites en commun	40	
458 gérant		40

reprise des comptes de la société en fonction de ses droits dans la société en participation

Il en résulte globalement pour ce participant une charge correspondant à ses droits dans la société en participation, soit sa quote-part dans la dotation aux amortissements.

La comptabilité du chef de file intègre uniquement la reprise des comptes et la part de l'autre associé, la location représentant la dotation annuelle aux amortissements :

613 locations	100	
458 associé X	40	
755 quote-part des opérations faites en commun		40
458 associé X		100

Quant à la société, sa comptabilité constate « l'apport », son amortissement et la reprise de la balance. Elle intègre un compte transitoire, le compte 478 « transit associé opérations faites en commun » pour l'opération :

215 matériel	300	
478 compte transit associé X		300

« *apport* » *du matériel*

681 dotation aux amortissements 100
458 associé X 100
constatation de la location du bien apporté

478 compte transit associé X 100
2815 amortissement du matériel 100
constatation de l'amortissement annuel du matériel
458 associé X 100
2815 amortissement du matériel 100
478 compte transit associé X 200
681 dotation aux amortissements 100
215 matériel 300
reprise de la balance

Outre des « apports » individuels, peuvent aussi exister des mises à disposition en indivision.

§III) Les « apports » en indivision

257. Quant aux « apports » de biens en indivision, selon la commission juridique du CNC[959], « *l'application d'une disposition purement fiscale*, [à savoir l'inscription au bilan fiscal], *ne saurait être étendue au droit des sociétés ; dans l'état actuel des textes, chaque co-indivisaire doit inscrire à l'actif de son bilan sa quote-part indivisible* ». L'immobilisation est donc enregistrée dans la comptabilité de chaque co-indivisaire, puis transférée à la société en participation par le compte 478 « transit associé opérations faites en commun ».
Prenons comme exemple un matériel en indivision entre deux participants, le chef de file ayant un droit de 60% sur ce matériel. Sa valeur est de cent kilos euros et il est amorti sur cinq ans, la dotation aux amortissements étant de 20 % par an.

La comptabilisation propre du co-indivisaire intègre sa part dans le matériel, pour quarante, et dans la dotation aux amortissements, pour huit, au vu du partage des comptes de la société.

959 Avis Doc. 39.80.11, Mémento pratique Francis Lefebvre, *Comptable*, 2012, n°4266.

Au préalable, lors de l'achat du bien, son acquisition, en tenant compte des droits des indivisaires, aura déjà été comptabilisée en compte 215 « matériel et outillage ».

L'associé doit à nouveau « sortir » ce bien de son patrimoine, au prorata de ses droits dans ce bien.

458 gérant	40	
215 matériel		40
affectation à la société en participation		

A la fin de l'exercice en raison de l'absence de patrimoine social de la société en participation, il doit à nouveau le réintégrer dans sa propre comptabilité, en tenant compte de l'amortissement du bien.

215 matériel	40	
681 dotation aux amortissements	8	
458 gérant		40
2815 amortissement du matériel		8
reprise des comptes		

Pour la comptabilité du chef de file, il convient d'intégrer ses droits dans la valeur nette comptable de l'immobilisation. Au préalable, lors de l'achat du bien, son acquisition en tenant compte des droits des indivisaires aura déjà été comptabilisée en compte 215 « matériel industriel ».

188 compte de liaison	60	
215 matériel		60
affectation du matériel		

215 matériel	60	
681 dotation aux amortissements	12	
188 compte de liaison		60
2815 amortissement du matériel		12
reprise de la balance		

La comptabilité de la société met en évidence l'indivision en intégrant la quote-part du chef de file dans un compte de liaison et celle de l'associé dans un compte courant.

215 matériel	100	
188 compte de liaison		60
478 compte de transit associé X		40

affectation du bien

681 dotation aux amortissements	20	
2815 amortissement du matériel		20

constatation de l'amortissement

En fin d'exercice les droits de chacun des participants sont déterminés, notamment dans l'amortissement du bien et leur sont affectés.

2815 amortissement du matériel	12	
188 compte de liaison	60	
681 dotation aux amortissements		12
215 matériel		60

mise en évidence des droits du chef de file

2815 amortissement du matériel	8	
188 compte de liaison	40	
681 dotation aux amortissements		8
215 matériel		40

mise en évidence des droits du coparticipant

La société en participation doit déterminer la plus ou moins-value en cas de cession du bien apporté en indivision, en tenant compte des droits de chaque indivisaire.

Conclusion du chapitre premier

258. Comme nous avons pu le constater dans ce chapitre, les participants doivent déclarer à l'administration fiscale la conclusion du contrat de société en participation. C'est d'ailleurs grâce à cette obligation que l'INSEE peut estimer le nombre de sociétés sans personnalité juridique.

En droit fiscal, la société en participation est assimilée, par pragmatisme, à une société dotée de la personnalité morale. Selon le contour choisi par le contrat, société ostensible ou non, selon le choix fiscal effectué par les participants, elle est imposée soit à l'impôt sur le revenu, par application de la semi- transparence fiscale, soit obligatoirement ou de façon optionnelle, à l'impôt sur les sociétés. Son contour fiscal fait donc preuve d'une réelle flexibilité, en fonction du choix des participants[960].

259. Au plan du droit comptable, la société en participation n'existe pas en tant que société, mais en tant que contrat, créant des droits et obligations réciproques entre les participants. Le droit comptable met effectivement en évidence l'originalité de cette organisation.

L'organisation de la société en participation, sur le plan fiscal, ne peut se résoudre sans mettre en évidence la question juridique de l'indivision, et plus exactement de la dichotomie de celle-ci avec l'aventure en commun. Apparaît donc à ses frontières la question des contrats ou des techniques juridiques intimement liés à la société en participation.

---

960 M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2012-2013,* 36ème édition, Lexis Nexis, septembre 2012, n°672.

Deuxième chapitre : Les contrats aux frontières d'une société en participation

260. Nous avons constaté dans les développements précédents qu'indivision et accords portant sur des titres financiers, et surtout les droits sociaux qui y sont rattachés, sont souvent liés à la problématique des sociétés en participation. Ces accords peuvent prendre la forme de convention de portage, mais aussi celle de convention de croupier. Si la nature juridique de la première correspond bien à la notion de société en participation, la deuxième pose plus de problèmes. Un certain nombre d'auteurs s'interrogent en effet sur la qualification de société en participation.

En outre, comme nous l'avons noté dans le chapitre précédent, les participants peuvent quelques fois choisir leur mode de fiscalité. Encore faut-il se trouver dans le cadre d'une société en participation, et non pas dans celui d'une structure sœur, à savoir l'indivision.

Or, les organisations fiscale et comptable dépendent de la réalité de la structure mise en place. Il arrive d'ailleurs que certains participants ne soient pas conscients de cette réalité et des risques induits. C'est pourquoi, nous envisagerons dans la première section, la convention de croupier et dans la deuxième, la sœur de la société en participation, c'est-à-dire l'indivision.

Section 1 : La convention de croupier

261. La convention de croupier, issue du droit romain, lui-même influencé par le droit grec[961], était utilisée fréquemment sous l'Ancien Régime[962]. Elle stipule qu' « *un associé sans le*

---

[961] Avec l'utilisation d'un vocabulaire particulièrement imagé : le croupier étant celui qui est en croupe derrière une personne en selle, le cédant appelé le cavalier. Selon Isabelle Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753 : « *on en trouvait déjà trace dans la Grèce antique* ».

[962] R.Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1999, n°358, p.151 : « *l'époque connaît de fréquentes conventions de croupiers. En raison des interdictions de faire le commerce pour les nobles, les*

consentement de ses coassociés, convient avec un tiers, le « croupier », de partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société. Le croupier, qui « monte en croupe derrière l'associé », n'est pas lui – même associé, il n'a que des droits pécuniaires. Une telle convention ne doit cependant pas être utilisée pour contourner les dispositions légales ou statutaires concernant l'entrée dans la société de nouveaux associés »[963]. Elle figurait avant la réforme de 1978 dans l'article 1861 du Code civil[964]. Le législateur l'ayant estimée « obsolète », l'a exclue du Code civil[965]. Le fondement juridique de la convention de croupier est dès lors l'autonomie de la volonté et, plus particulièrement, l'article 1134 du Code civil.

L'un des avantages de cette convention réside dans l'anonymat du croupier par rapport aux associés. En outre, si le croupier bénéficie d'un droit aux bénéfices il s'engage aussi à prendre en charge les déficits.

En dehors de la possibilité de passer outre à une impossibilité de cession de parts sociales, une convention de croupier est utilisée dans des opérations financièrement élevées, notamment des opérations immobilières[966], la production de film[967], des pools bancaires[968]…, donc dans des cas où l'associé de la société primitive peut se retrouver dans l'obligation d'assurer un refinancement[969]. Ce phénomène a fait dire à certains auteurs que la convention de croupier était « *vouée à un bel avenir »*[970]. Il s'agit donc d'opérations d'ingénierie juridico-financière de haut de bilan. Elle ne constitue néanmoins ni une souscription pour une future

---

ecclésiastiques, il est fréquent de faire entrer dans les affaires, « en croupe » selon la fameuse expression, des gens qui n'apparaissent pas, cachés derrière un associé ».

963 P. Merle, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis Dalloz, Droit Privé, 8ème édition, 2001, p.65

964 Ancien article 1861 du Code civil : « *chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer à tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ».*

965 Rapport Dailly, JO Sénat 2ème session ordinaire n°259 p.44. Youmna Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°923 : « *alors même qu'une disposition relative à la convention de croupier était prévue dans la réforme de la loi de 1978, le rapporteur devant le Sénat en a souhaité la suppression… Ce sont sans doute les nouvelles dispositions tempérant l'exigence du consentement de tous les associés à la cession et celles imposant le rachat des parts en cas de refus d'agrément qui justifient la suppression de l'ancien article 1861 du Code civil par la loi du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés. L'associé n'étant plus prisonnier de ses parts, la convention de croupier traditionnellement considérée comme un remède à l'incessibilité des parts serait devenue inutile ».*

966 T. Bonneau, note sous CA Paris 4 avril 1997, Droit des Sociétés, 1997, n°120 ; La décision du Conseil de la Concurrence du 12 avril 2000, http://www.rajf.org relative à deux saisines de la société Les Carrières de Sainte-Marthe, relève « *l'existence d'un projet de convention de croupier entre Colas et Lafarge ».*

967 CAA Paris 30 décembre 1998 n°96PA02096, Joly, 1999, p.588 note Eric Desmorieux : à propos du film « Twist again à Moscou ».

968 Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°923.

969 A. Despinoy, *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières,* mémoire de DEA de droit des contrats, option droit des affaires, Lille II, 2001, p.17 : la convention de croupier peut aussi servir pour un actionnaire à obtenir un prêt dont le principal et les intérêts seront payés par les dividendes.

970 M. Marteau-Petit, note sous T Com Paris 2 mai 1989, JCP, 1990 .II.21575.

augmentation de capital[971], ni un prêt dont le remboursement est effectué sous forme de dividendes[972].

Cette convention est bien souvent assimilée à une société en participation. Nous étudierons donc le concept de convention de croupier puis les liens entre celle-ci et la société en participation.

§ I) Le concept de convention de croupier

262. Si les associés ont le droit de céder leurs parts sociales, ce droit n'est de loin pas intangible. En effet, l'intuitus personae et la solidarité indéfinie des associés impose un droit de regard des autres associés vis-à-vis du cessionnaire. Ainsi, par exemple, l'article 19 de la loi du 24 juillet 1966, codifié à l'article L221-13 du Code de commerce, impose le consentement des autres associés dans le cadre d'une société en nom collectif[973]. « *Contrairement à ce qui est prévu dans les sociétés civiles, les associés qui refusent d'agréer le cessionnaire ne sont pas tenus d'une obligation de rachat. L'associé est donc, dans une certaine mesure, prisonnier de son titre »*[974].

1° Les utilisations courantes de la convention de croupier

263. La convention de croupier permet de contourner légalement cette relative impossibilité de céder les parts d'une société en nom collectif. Ainsi, l'associé qui n'arrive pas à obtenir le consentement unanime des autres associés va pouvoir recourir à la convention de croupier. Il cède ses droits à bénéfice, ou à déficit, généré par l'activité sociale[975]. En contrepartie, le croupier paye au cavalier la valeur des parts[976]. Le croupier est tenu d'assumer le passif

---

[971] Cass Civ 1ère 25 mai 1982, Revue des Sociétés, 1983, p.333, note D. Randoux.
[972] I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753.
[973] Article 19 loi n°66-537 du 24 juillet 1966 : « *les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».
[974] Y. Guyon, *Droit des Affaires : droit commercial général et sociétés,* tome 1, Economica 8ème édition, 1994, n°257 p.253.
[975] J. Guyennot, « Le régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du Code civil », Gaz. Pal. 1979.I.620 : l'application de l'article 1166 du Code civil permet au croupier, par le biais de l'action oblique de « *réclamer à la société la part des bénéfices qui lui revient, sauf à subir le concours des créanciers du cédant* ».
[976] S. Dana-Demaret et Y. Reinhard, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires,* Dalloz, 1993.

éventuel. Toute convention contraire peut être analysée en une clause léonine susceptible, nous semble-t-il, de transformer la société en participation en société de fait, notamment si elle a été déterminante dans la formation du consentement[977].

La convention de croupier, comme tout contrat, ne produit d'effets qu'à l'égard des deux cocontractants, et non à l'encontre de la société pour laquelle elle a été créée[978]. L'associé « cédant » reste néanmoins propriétaire des titres. Toutefois, il ne peut contourner, grâce à cette convention, les règles impératives du droit des sociétés, qu'elles soient légales ou statutaires. L'associé doit « *conserver l'exercice de ses prérogatives* » autres que financières « *sans pouvoir les déléguer à son croupier* »[979]. Nous constatons donc une « *dissociation entre les prérogatives financières et les prérogatives de gouvernement* »[980]. Elle ne doit pas « *aboutir à une cession déguisée des parts* »[981]. Si le croupier n'a pas à s'immiscer dans la gestion de la société sur laquelle porte la convention, il bénéficie toutefois d'un droit d'information, lequel est exercé par l'intermédiaire du chef de file de la société en participation. Les cocontractants bénéficient en outre de la liberté d'ordonnancer l'organisation selon leur volonté, tout en respectant les règles législatives impératives.

Elle apparaît parfois comme un élément de complexité de vie sociale, notamment au regard de la gestion de la société et plus particulièrement des obligations des associés. Elle pose le problème de la licéité des conventions de concertation relatives aux modalités d'exercice des

---

[977] TGI Aix-en-Provence 9 novembre 1972, Gaz. Pal., 1973.2.532 : la convention prévoyait, quel que soit le résultat fiscal, un revenu moyen de 10 % l'an. P. Sarradin, note sous TGI Aix-en-Provence 9 novembre 1972, Revue des Sociétés, 1972, p.708 : « *la clause garantissant au croupier* , « en tout état de cause, un revenu moyen de 10 % l'an »*… tend ni plus ni moins qu'à faire du croupier un simple bailleur de fonds, et à faire dégénérer la convention de croupier en une espèce de contrat de prêt. La clause dont il s'agit n'est autre en effet, que celle qui est connue dans le droit des sociétés sous le nom de « clause d'intérêt fixe » »*.

Voir aussi CA Paris 4 avril 1997, Droit des Sociétés, 1997, n°120, note T. Bonneau ou Joly, 1997, p.670 note J.-J. Daigre : « *en cause : « la clé de répartition des pertes »*. Voir aussi I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753 : *en cas de transfert déséquilibré des pertes, ce transfert inique restera sans incidence sur la validité de la convention lorsque celle-ci s'analysera en un contrat d'intéressement, sauf à démontrer que cette clause de répartition était déterminante du consentement. Il en ira autrement lorsque la convention de croupier s'analysera en une société en participation »*.

[978] M. Germain, *Traité de Droit Commercial, G. Ripert et R. Roblot*, Tome 1, LGDJ, 15ème édition, 1993, n°775 : *« le croupier ne devient pas lui-même associé et n'a pas de rapport direct avec la société, ce qui est exprimé par l'adage* « socius mei socii non est meus socius » ».

Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 4ème édition, LGDJ, 1999, n°270 : « *les conventions conclues entre les associés et les tiers sont inopposables à la société de sorte que le droit des sociétés n'a aucunement vocation à les régir »*.

[979] T Com Paris 12 mars 1979 et CA Paris 19 février 1979, Revue des Sociétés, 1980, p.283, note D.Randoux.

[980] D. Randoux, note sous Cass Civ 1ère 25 mai 1982, Revue des Sociétés, 1983, p.333. Certains auteurs considèrent que la convention de croupier s'analyse en une « *aliénation partielle et économique des parts »*, I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753.

[981] A. Despinoy, *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières*, mémoire de DEA de droit des contrats, option droit des affaires, Lille II, 2001, p.27 ; CA Paris 19 février 1979, Revue des Sociétés, 1980, p.283, note D.Randoux.

droits des associés[982]. C'est pourquoi, certains auteurs estiment que ces conventions sont nulles, d'autres considèrent qu'elles sont licites tant qu'elles répondent aux règles liées aux conventions de vote[983].

2° La sous-participation partielle à un pool bancaire

264. Lorsqu'une banque transfère à un syndicat bancaire une partie du risque et de la trésorerie, il s'agit d'un mécanisme de sous-participation bancaire. Seule la sous-participation partielle peut être qualifiée de convention de croupier[984]. Il y a transfert de la part sociale correspondant à la fraction de risque assumée par la banque à l'origine de la sous-participation, dans le crédit[985]. Il en résulte que « *le sous-participant, comme le croupier, n'a aucun droit ni rapport avec les autres membres du syndicat, ni avec l'emprunteur et ne peut exercer aucune des prérogatives attachées à la finalité de prêteur* »[986]. La question se pose : la sous-participation en risque est-elle analysable en convention de croupier ? Il apparaît néanmoins que le contrat de cautionnement correspond à ce type de sous-participation, seul le risque étant transféré.

---

[982] CA Paris 4 avril 1997, Joly, 1997, p.670, note J.-J. Daigre : « *les croupiers reprochaient à leur associé d'avoir accepté certaines modifications des statuts de la SNC, en particulier son objet et sa durée* ».

[982] I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753 : il en serait de même en cas de modification de la forme sociale de la société qui aurait pour incidence d'augmenter les engagements du croupier. Rappelons que la convention de croupier peut exister quelle que soit la forme juridique de la société primitive, y compris pour une société anonyme, CA Paris 2 mai 1989, JCP, 1990.2.21575.

[983] I. Urbain-Parléani, idem ; nullité de ces clauses : P. Sarradin, *L'associé et son croupier*, thèse Paris, 1970 p.245 ; licéité des clauses : Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 4ème édition, LGDJ, 1999, n°269.

[984] Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°941 et 945. Cet auteur propose la qualification de cession occulte de part assortie d'une convention de prête-nom pour transfert total. Car « *l'article 1861 du Code civil suppose qu'un associé s'associe une tierce personne relativement à sa part sociale et ce n'est pas s'associer une tierce personne que d'abandonner à celle-ci toute la part sociale… Ce transfert est à l'égard des coassociés de la banque cédante res inter alios acta et seul l'associé principal continue à jouir de la qualité d'associé, même si dans ses rapports internes avec son cocontractant occulte il est entendu que les droits et obligations liés à la part sociale profitent ou pèsent sur ce dernier seul, les actes effectués étant effectués en son nom mais pour le compte du tiers en vertu d'une convention de prête-nom* ». Elle reprend la doctrine élaborée par A. Schwing, « La nature juridique du droit de croupier », Revue des Sociétés 1935 p.152, de C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux 1968 p.206 et suivantes et de P. Sarradin, *L'associé et son croupier*, thèse Paris, 1970, p.215, 216, 222. Cette interprétation apparaît complètement justifiée.

[985] Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°924.

[986] P. Bloch, « Les Euro-crédits : un instrument du système bancaire pour le financement du commerce international », in *Journées d'Etudes Internationales de Dijon,* octobre 1980, Librairies Techniques de Paris, 1981, p.258. Messieurs Blaise et Fouchard ont ajouté : *« le sous-participant se trouve dans une situation comparable à celle qui résulte de la convention de croupier »*, in « Les Euro-crédits : un instrument du système bancaire pour le financement du commerce international », *Journées d'Etudes Internationales de Dijon,* octobre 1980, Librairies Techniques de Paris, 1981, p.170.

Après avoir rappelé le concept de convention de croupier, il convient d'étudier ses liens avec la société en participation.

§ II) les liens entre la convention de croupier et la société en participation

265. La convention de croupier a été bien souvent considérée par la majorité de la doctrine[987] et quelquefois par la jurisprudence[988] comme une société en participation[989]. L'élément substantiel de cette assimilation repose sur l'absence de personnalité morale des sociétés en participation ou créées de fait[990]. S'il faut effectuer un choix entre les deux, la société en participation est, à notre avis, plus adéquate car les banques, à l'origine de la convention, ont toujours conscience de la création d'une structure organisée, quand bien même elles ne l'expriment pas. Pour le droit fiscal, l'opération s'analyse en la cession d'une fraction des droits sociaux sur laquelle s'appliquent les droits d'enregistrement[991], suivie de la constitution d'une société en participation. La convention est dès lors fiscalement assimilée à la société en participation[992].

---

[987] Pourtant, A. Schwing, « La nature juridique du droit de croupier », Revue des Sociétés, 1935 p.152, affirme que « *pour être une association en participation, il manque au contrat deux éléments distinctifs : la mise en commun de prestations réciproques et l'affectio societatis* ». Voir aussi J. Neret , *Le sous-contrat*, LGDJ 1979 n°148.

[988] Notamment au 19[ème] siècle, Cass 1[er] mars 1886, D1867 p.165 note E. Thaller ; mais aussi au 20[ème] siècle CA Paris 17 février 1979, Revue des Sociétés, 1980, note D. Randoux ; Cass Com 4 décembre 1998 affaire PPR, Revue des Sociétés, 1999, p.350, note D. Randoux.

[989] CA Paris 4 avril 1997, Joly, 1997, p.670, note J.-J. Daigre , encore que selon cet arrêt, « *la convention de croupier recelait un acte juridique complexe constitué, d'une part, d'une cession occulte de 100 parts de la SNC Erim à PPR et CFP, et, d'autre part, d'un apport de la totalité de ces parts à une société en participation constituée entre Erim, PPR et CFP destinée à rester occulte envers SNC, la société Erim continuant de se présenter comme seule associée, ce qui laisse à penser qu'elle avait été désignée gérante de la société en participation. C'est le montage que la cour valide* ».

[990] Pour Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°925, « *nous pencherions davantage pour notre part en faveur de la qualification de société créée de fait en raison du caractère non volontaire - ou plutôt de la volonté non exprimée – de la société constituée par les parties à une convention de croupier, choix dont l'intérêt est en réalité bien réduit en raison de l'identité de régime des deux formes sociétaires* ».

[991] P. Serlooten, Droit fiscal des affaires, Précis Dalloz 11[ème] édition, 2012-1013, n°801, p.482 : « *l'artile 726 visant toutes les cessions de droits sociaux, le droit de 3 % est également applicable si la société est dépourvue de personnalité morale (société en participation et société créée de fait) à l'exclusion de toute autre régime et notamment l'article 720 CGI concernant lees conventions de successeur. De même le droit d'enregistrement est applicable aux conventions de croupier bien qu'il n'y ait pas de cession officielle de titre…* ». P. Serlooten, Droit fiscal des affaires, Précis Dalloz 10[ème] édition, 2011, n°796 : « *Le droit est un droit de mutation et non pas un droit d'acte, si bien que la cession est imposable même si elle n'est pas constatée dans un acte…* ».

[992] Rep.Min, septembre 1975, Revue des Sociétés, 1975, p.747. Cela emporte des conséquences en matière d'avoirs fiscaux : « *un parlementaire exposait que deux actionnaires avaient conclu avec une tierce personne une telle convention aux termes de laquelle ils s'obligeaient à verser au croupier une parties des bénéfices distribués par la SA ; il s'interrogeait sur le sort de l'avoir fiscal attaché aux dividendes mis en paiement ; le ministre lui a répondu que la convention de croupier dûment enregistrée et dénoncée à l'administration*

Ainsi, cette convention « *se coule souvent, mais pas nécessairement, dans le moule d'une société en participation »*[993]. Dans ces conditions, il va falloir déterminer les autres éléments constitutifs du contrat de société en participation : « apports », affectio societatis, la participation aux bénéfices et aux pertes étant substantiellement le critère d'une convention de croupier[994]. « *Il y a en général apport à la fois de l'associé cédant et du croupier, le premier se dessaisissant d'une fraction de sa part sociale, le second remettant au premier une valeur en rémunération de cette fraction de part sociale »*[995]. Il en résulte, dans le cadre d'une société dépourvue de personnalité morale, des « apports » en jouissance affectés à l'activité sociale et en industrie nécessaires à la gestion du pool ou du syndicat. Dans le cadre d'une sous-participation bancaire en risque et en trésorerie, la mise à disposition du numéraire nécessaire à la participation, en cas de syndication occulte préformée, sera constituée de la fraction de crédit assumée par la banque sous-participante. Dans le cadre d'une syndication occulte post-formée, « l'apport » est la fraction de part sociale[996].

266. Plus problématique est l'analyse de l'affectio societatis. Pour certains auteurs, la convention de croupier est en fait un contrat innommé[997], relevant de la théorie générale des contrats[998]. Se pose néanmoins la question de l'existence de l'affectio societatis dans la convention de croupier elle-même. « *L'on n'aperçoit aucune intention de mettre sur pied un organisme animé d'un mouvement propre, aucune idée d'une collaboration active et d'une*

---

s'analysait comme une société en participation ; en conséquence de quoi, chacun des participants devait être imposé à raison de la quote-part de dividendes qui lui était allouée en bénéficiant de l'avoir fiscal correspondant », selon JOAN 21 novembre 1986, p.4367 et M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des Sociétés*, LITEC LexisNexis, 2011, 24ème édition, n°1282.

993 J. Richard, JCP Ed N 1987.I.p.245.

994 La loi du 4 janvier 1978 a abrogé la mention de convention de croupier qui figurait dans l'article 1861 du Code civil. Selon le professeur Yves Guyon (Y. Guyon, *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*, Economica, 6ème édition, 1990, n°257 p.254), « *On s'interroge sur la portée de cette abrogation. Selon une première interprétation, la convention de croupier ne serait plus licite puisque la loi ne la prévoit plus. Mais selon une deuxième interprétation la loi de 1978 n'avait pas à se préoccuper d'une convention qui reste en dehors du droit des sociétés à proprement parler. Sa validité résulterait de l'article 1134 du Code civil. Cette dernière interprétation semble préférable »*. La convention de croupier est quelquefois assimilée à la société en participation (CA Paris 4 avril 1997, Joly, 1997, p.670, note J.-J. Daigre). Pour cela, il faut qu'elle respecte les caractères d'une société dont la participation aux bénéfices et pertes. Cass Civ 1ère 20 juillet 1964, Gaz. Pal., 1964.2.343 et RTD Com, 1965, p.121, note R. Rodière, elle « *suppose un partage entre les cocontractants des bénéfices et des pertes que cette part pourra produire »*. C'est ce partage des bénéfices ou des pertes qui rend impossible la qualification de cession de créances.
Selon les professeurs Paul et Philippe Didier, (P. et P. Didier, *Droit commercial – les sociétés commerciales,* tome 2, Economica, 2011, n°579) : « *en fait la jurisprudence ne donne plus que de rares exemples de ce contrat »*.

995 A. Schwing, « La nature juridique du droit de croupier », Revue des Sociétés, 1935, p.152.

996 Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica Collection Droit Civil, 1998, n°932.

997 I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753

998 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil- les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz, 9ème édition, 2005, n°61, p.72

action commune des cocontractants, aucune volonté des parties d'avoir un fonds commun, de lui donner une destination en vue d'un accroissement de fortune »[999]. L'absence de collaboration active peut mettre alors en exergue le défaut d'affectio societatis. Car *« la société est un être de raison, un être abstrait détaché de la personnalité des associés, connu des tiers ou non, qui cherche à réaliser des bénéfices afin de les partager entre les associés ; dans le contrat de croupier, il ne s'interpose entre le cédant et le croupier aucun être juridique séparable de leur personne… »*[1000]. Cette réflexion reste toujours d'actualité, et cela pour deux raisons. D'une part, il paraît, dans certains cas, plutôt évident que la société en participation a été constituée pour la gestion des titres de la société pour laquelle la convention a été conclue[1001]. Il faut donc plutôt considérer que la société en participation sert de support à la convention de croupier[1002], le cavalier assumant la fonction de gestion de la société. D'autre part, si l'on analyse la société en participation sous l'angle du contrat particulier qui fait naître une participation entre plusieurs personnes, la problématique de l'absence d'être juridique séparable de leur personne ne se pose plus. Or, la nature éminemment contractuelle de la société en participation permet cette approche. Cette nature doit entraîner elle aussi l'application de la théorie générale des contrats. Il devient alors inutile de rechercher un quelconque contrat innommé. Le contrat de participation suffit, qu'il soit support de la convention de croupier, ou convention de croupier lui-même. Dès lors, la convention de croupier peut s'assimiler à un contrat de société en participation. D'ailleurs, le 15 décembre 1998, la Cour de cassation a constaté qu'il s'agit d'une *convention de société en participation*[1003]. L'affectio societatis, s'il faut encore en rechercher un, repose sur le fait que les participants agissent dans l'intérêt commun de la convention[1004].

---

999 Auteur anonyme, « Le croupier d'associé », Joly, 1984, p.365. Cet auteur rappelle aussi que « *le croupier devra subir le concours des créanciers personnels de l'associé. Pour établir ses droits, il suffira que la convention ait acquis date certaine. Il est du reste préférable que la convention de croupier soit établie par écrit, ce qui aura pour avantage, en cas de contestation de l'existence de cette convention, de permettre de rapporter la preuve de sa réalité et pour le croupier de faire reconnaître plus aisément ses droits. Cela est d'autant plus vrai que la convention de croupier ne crée pas, entre l'associé et son croupier, de collaboration en vue de la réalisation d'un certain objet social, et elle ne se manifeste ni par une attitude, ni par un comportement, qui comme tels, pourraient servir à l'information des tiers* ».

1000 Ibidem.

1001 I. Urbain-Parléani, « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753 : « *l'actionnaire met à la disposition de la société en participation les actions pour toute la durée de la société. Cette mise en disposition est en pratique qualifiée d'apport en jouissance de droits sociaux* ».

1002 CA Paris 19 février 1979, Revue des Sociétés, 1980, p.283, note D. Randoux.

1003 Cass Com 15 décembre 1998, D1999 J.516, note F.-X. Testu : « *attendu que l'arrêt retient que les sociétés CFAO et Rouafi s'étaient engagées, dans la convention de société en participation…* », arrêt rendu sur pourvoi de CA Paris 4 avril 1997.

1004 Pour une sous-participation bancaire, ils agiront pour le « *compte commun* », Y. Zein , *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998, n°974.

267. Encore faut-il pour qu'il y ait société en participation un réel affectio societatis. Il arrive parfois que celui-ci ait un contour insuffisamment explicite et soit « transformable », notamment par l'administration fiscale, en un autre affectio, plus intéressant pour elle, à savoir l'affectio communionis. Dès lors, l'indivision est établie.

Section 2 : L'indivision conventionnelle, sœur de la société en participation

268. L'indivision est une situation juridique[1005] qui se caractérise par une masse indivise. « *Elle peut être subie, telle que l'indivision successorale* » ou post-communautaire, « *ou voulue, l'indivision conventionnelle* »[1006]. Le Code civil caractérise l'indivision légale sous l'angle du partage. Selon l'article 815 alinéa 1, « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été suivi par jugement ou par convention* ».

Elle prend fin à la demande de l'un des indivisaires pour l'indivision subie ou conventionnelle à durée indéterminée, ou à l'expiration du terme en cas d'indivision conventionnelle à durée déterminée. L'indivision conventionnelle est représentée par le chef de file[1007]. Ce dernier « *administre l'indivision et exerce, à cet effet, les pouvoirs « attribués à chaque époux » sur les biens communs… Au-delà des pouvoirs reconnus par la loi au gérant, les décisions sont prises à l'unanimité*[1008]*, sauf pour le gérant s'il est indivisaire de se faire habiliter en justice si les conditions sont réunies* »[1009], en vertu de l'article 815-4, 5 et 6 du Code civil.

Cette situation juridique peut être transformée en société par l'apport des indivisaires des biens indivis pour éviter le partage. Il en résulte une société d'indivision, une catégorie

---

[1005] L'indivision est définie par le professeur René Capitant, dans son *Dictionnaire, (*cité par K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003 p.317), comme « *la situation juridique qui existe jusqu'au partage d'une chose ou d'un ensemble de choses, entre ceux qui ont sur cette chose ou sur cet ensemble un droit de même nature, chacun pour une quote-part aucun n'ayant un droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout* ».

[1006] S. Dana-Dewaert et Y. Reinhard, *Lexique de Droit des Sociétés et des Groupements d'Affaires*, Dalloz, 1993, p.51 et 100.

[1007] Article 1873-6 Code civil : « *le gérant représente les indivisaires dans la mesure de ses pouvoirs, soit pour les actes de la vie civile, soit en justice, tant en demandant qu'en défendant. Il est tenu d'indiquer, à titre purement énonciatif, le nom de tous les indivisaires dans le premier acte de procédure* ».

[1008] Avant la loi du 23 juin 2008 ; cette loi ayant prévu des cas de majorité renforcée.

[1009] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.95.

particulière de sociétés en participation essentiellement ostensibles ou de sociétés créées de fait[1010].

269. L'indivision et la société en participation sont intimement liées, et ce, depuis fort longtemps dans l'histoire du droit, comme nous le démontre l'un des ancêtres de la société en participation, l'association de droit d'Hammu-rabi[1011].

L'indivision, surtout conventionnelle, donc organisée, apparaît ainsi comme une notion sœur de la société en participation : tantôt elle s'y apparente, voire se confond avec elle, tantôt toutes deux coexistent. Les deux sont dépourvues de la personnalité morale et en ce sens se rapprochent l'une de l'autre, plus encore que de n'importe quelle société à personnalité morale[1012]. L'article 1873-1 du Code civil définit l'indivision conventionnelle par le

---

[1010] A. Viandier et J.-J. Caussain, CA Paris 16 juin 1995 JCP, Ed. E. 1995, 505 : les co-indivisaires avaient été animés du souci d'en développer le chiffre d'affaires. Cass Com 15 mai 1973, D 1974 jur. p.418, note B. Bouloc : la convention doit être expresse et non équivoque.

[1011] D. Charpin, *Hammu-rabi de Babylone*, PUF, 2003, p.263 : « *les marchands babyloniens, au contraire de leurs collègues assyriens, ne travaillaient pas au sein de firmes stables : ils formaient des associations de durée relativement courte. On y mettait fin en liquidant les biens de l'association : le ou les bailleurs de fonds recevait son capital augmenté de l'intérêt convenu, et les bénéfices étaient partagés à égalité entre les partenaires. Le texte traduit ci-dessous fait partie des archives d'un marchand habitant le bourg de Kutalla, situé à 14 kilomètres de Larsa : c'est donc dans le temple de Samas, dieu principal de la grande ville voisine, que les juges réglèrent l'affaire. Leur intervention fut rendue nécessaire par le désaccord des deux associés à propos d'un terrain : Iribam-Sin prétendit qu'il avait été acheté avec l'argent de l'association, alors que son cousin Silli-Estar soutint qu'il l'avait acquis avec ses biens propres, en l'occurrence de l'argent qui lui venait de sa mère. Il eut gain de cause, et l'on rédigea donc deux textes : celui du partage, et un document confirmant ses droits sur le terrain. Les deux textes sont datés du même mois de la même année, mais sans indication du jour : on ne peut donc savoir si c'est la dispute sur le statut du terrain qui a entraîné la dissolution de l'association, ou si le désaccord apparut au cours du partage. Le premier texte est ainsi rédigé :* « Silli-Estar, fils d'Ili-Sukkal et Iribam-Sin, fils d'Ubar-Sin, avaient formé une association. Pour leur liquidation, ils sont allés trouver les juges. Les juges les ont envoyés au temple de Samas. Dans le temple de Samas, les juges ont procuré un jugement. Ils ont remboursé le bailleur de fonds et acquitté de leurs droits supplémentaires :

- un esclave (nommé) Lustammar-Samas, avec une chaîne ; une esclave (nommée) Lislimam : telle est la part d'Iribam-Sin ;
- un esclave (nommé) Ibsina-El ; une esclave (nommée) Gestinanna-lamassi : telle est la part de Silli-Estar.

Ils ont effectué le partage. Dans le temple de Samas et le temple de Sin, ils ont fait une déclaration sous serment. Ils ont fait leurs comptes l'un avec l'autre. (Ils ont juré) qu'ils ne reviendraient pas (sur cette affaire) et ne poursuivraient pas l'un et l'autre en justice. Sur tout ce que l'un contestera à l'autre, il n'aura aucun droit » *(neuf témoins et date : mois XII de l'année 34 de Hammu-rabbi [=1759]).*
Le second texte permet de voir que l'association dissoute regroupait plus de deux individus : Silli-Sin et Iribam-Sin y figuraient comme représentant chacun l'ensemble de la fratrie, restée indivise : « Au sujet d'un terrain bâti d'1 sar (= 36 m²) et d'un entrepôt de 2 sar, que Silli-Estar et son frère Awil-ili, les fils d'Ili-sukkal, ont achetés à Sin-muballit et ses frères, les fils de Pirhum, Silli-Estar a fait la déclaration suivante dans le temple de Samas : C'est bien avec l'argent de ma mère qu'il (= le terrain) a été acheté, ce n'est pas avec l'argent commun qu'il a été acheté ! ». Iribam-Sin et ses frères, les fils d'Ubar-Sin, n'ont aucun droit sur le terrain et sur l'entrepôt. A l'avenir, ils ne contesteront pas. Ils ont juré par le roi Hammu-rabi. » *(Neuf témoins et date : mois XII de l'année 34 de Hammu-rabi [=1759]) ».*

[1012] J.-L. Bergel, « La loi n°2006-728 du 23 juin 2008, portant réforme des successions et des libéralités, comporte des aménagements sensibles du régime légal de l'indivision à partir du 1er janvier 2007, tout en réaffirmant les principes essentiels » Revue de droit immobilier, 2006, p.371 : *« C'est surtout pour rendre plus aisée l'administration des immeubles en indivision et neutraliser la faculté d'obstruction que l'exigence d'un*

truchement des indivisaires : « *ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires ou d'usufruitiers, peuvent passer des conventions relatives à ces droits* ». Elle repose sur la notion d'affectio communionis.

Sur quels critères peut-on distinguer les indivisions des sociétés en participation ?

L'un des critères formels de distinction repose sur l'obligation d'un écrit pour l'indivision conventionnelle. Mais cela n'est pas un critère déterminant, car la constitution de la société en participation peut être elle aussi matérialisée par un écrit statutaire.

L'indivision se caractérise aussi par une spécificité fiscale. « *Lorsqu'une entreprise est exploitée dans le cadre d'une indivision, notamment successorale, les co-indivisaires ont la qualité de co-exploitants, mais ne sont imposables qu'en raison de la société de fait s'établissant entre les co-indivisaires qui participent effectivement à l'opération* »[1013]. Le droit fiscal met donc en évidence deux types de co-indivisaires, imposés de façon spécifique. *« Quant aux co-indivisaires qui ne participent pas à l'exploitation et qui ne font donc pas partie de la société de fait, ils ne sont imposables qu'à raison des bénéfices mis à leur disposition et non de la quote-part de leurs droits dans l'indivision »*[1014].

L'indivision se caractérise aussi par les droits reconnus aux créanciers, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une société en participation. En effet, « *le représentant des créanciers peut provoquer le partage d'une indivision selon les règles de droit commun* »[1015], en application de l'article 815-17 du Code civil, qui dispose que les créanciers ont la faculté de déclencher le partage au nom du débiteur.

---

consentement de tous les indivisaires ouvrait jusqu'ici à chacun d'entre eux, que le nouvel article 815-3 du Code civil permet désormais aux membres d'une indivision d'effectuer, en dépit de l'opposition d'indivisaires minoritaires, un certain nombre d'actes qui ne requiéront plus l'unanimité et pourront être décidés dorénavant par un ou des indivisaires titulaires seulement d'une majorité des deux tiers au moins des droits indivis. Selon ce texte, « le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majortié :

- effecter les actes d'administration relatifs aux biens indivis ;
- donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ;
- vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ;
- conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers *». La substitution d'un accord majoritaire à l'exigence de l'unanimité répond à une volonté de faire prévaloir un intérêt collectif sur la souveraineté individuelle de chacun sur ses droits indivis. Cela revient à rapprocher davantage encore l'indivision de la société…. sans toutefois reconnaître à l'indivision la personnalité morale ».*

1013 P. Serlooten , *Droit fiscal des affaires, traité de droit commercial*, G. Ripert et R. Roblot, tome 3, 4ème édition, LGDJ, 1995, n°338 et CE Ass Plen 6 mars 1991 n° de pourvoi 61863, RJF 1991, n°544.

1014 Ibidem.

1015 CA Paris 22 février 2000, D2000 IR 107.

Nous étudierons dans le cadre de l'indivision conventionnelle la problématique de la distinction entre les deux affectio, societatis et communionis, puis la spécificité de l'indivision industrielle.

§ I) L'affectio societatis et l'affectio communionis

270. Que revêtent les notions d'affectio societatis et d'affectio communionis ?

L'affectio communionis ne serait qu'un état d'esprit éminemment temporaire. En effet, certains auteurs estiment qu'un des critères de distinction de l'indivision et de la société en participation est la durée[1016]. L'indivision conventionnelle subit le couperet du délai de cinq ans, selon l'article 1873-3 du Code civil[1017]. Mais les conventions d'indivision peuvent aussi établir une durée ad aeternam : soit les indivisaires, dans la convention à durée déterminée, renouvellent expressément l'indivision ou stipulent une clause de tacite reconduction, soit ils optent pour une convention à durée indéterminée[1018]. Selon le professeur Philippe Simler, « *l'indivision conventionnellement maintenue, dépourvue cependant de la personnalité morale, peut être qualifiée de quasi-société* »[1019], d'autant plus que « *la loi du 23 juin 2006 étend* [la possibilité de maintien de l'indivision pour raisons familiales ou professionnelles à] *toute entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »[1020]. En outre, la société en participation peut, dans le cadre d'une adhocratie, elle-même être constituée à court terme.

Un autre critère peut reposer sur la genèse de l'indivision ou de la société notamment en participation. « *L'une est une situation voulue, conçue et aménagée pour durer. L'autre est*

1016 C.Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », RTD Com, 1979, p 645.

1017 Lequel reprend le principe établi depuis 1804. Selon l'article 1873-3, la convention peut être conclue pour une durée déterminée qui ne saurait être supérieure à cinq ans…

1018 F. Testu, *L'indivision*, Connaissance du Droit, Droit Privé, Dalloz, 1996, p.112. ; M. Storck, « Droit de la famille – L'indivision successorale et la transmission d'entreprise », Les Petites Affiches, 28 juin 2007, n°129 p.11 : « *le caractère précaire de l'indivision comporte une double dérogation : par voie conventionnelle (convention de maintien en indivision (C. civ. art.1873-1 et s.) ou par voie judiciaire…. L'attribution éliminatoire constitue la seconde au droit de demander le partage. Elle permet à des indivisaires de conserver l'indivision en attribuant sa part à celui qui demande le partage* ». F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil – Les biens* », 8ème édition, 2010, n°598 : « *l'intérêt d'une telle convention paraît moindre, dès lors que la précarité, caractéristique fondamentale de l'indivision légale, n'est pas supprimée, et qu'il n'est nullement impossible, en recourant à la technique du mandat, de pourvoir à la gestion de l'indivision en l'absence de convention organisant son maintien* ».

1019 Ph. Simler, *Les biens*, Le Droit en plus, PUG, Grenoble, 1998, n°161.

1020 M. Storck, idem.

bien souvent d'origine accidentelle, elle est paralysante est précaire »[1021]. Certes, l'indivision conventionnelle suppose une *situation aménagée et conçue*, mais son origine n'est bien souvent pas *voulue,* telle une indivision conventionnelle faisant suite à une indivision successorale.
C'est finalement la commune intention des parties, l'affectio, qui fait le distinguo entre ces deux notions. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 novembre 1997[1022] donne l'éclairage que la jurisprudence confère aux notions d'affectio societatis et d'affectio communionis. Cette jurisprudence s'est par la suite affinée[1023]. Après avoir comparé l'affectio societatis et l'affectio communionis, nous envisagerons le cas particulier de l'indivision industrielle. La qualification d'indivision et de société en participation dépend donc de l'interprétation de l'affectio, de la *commune intention des parties*[1024]. Communionis ou societatis, telle est la question ! En effet, l'affectio societatis est le « *seul critère qui partage l'indivision conventionnelle de la société …. la volonté de créer une œuvre nouvelle, de participer à une activité commune »*[1025]. En outre, l'affectio societatis implique pour un associé, d'une part d'affecter une part de son patrimoine à la réalisation de l'entreprise commune, d'autre part d'accepter les risques liés à cette affectation[1026].

Reprenons l'affaire à l'origine de cette jurisprudence[1027]. Elle repose sur la qualification d'un groupement né pour la gestion d'un étalon. Sa première carrière se déroule sur les champs de course, sa deuxième sur les vertes prairies… en tant qu'étalon. Pour gérer la propriété de cet animal, une quarantaine d'éleveurs mettent sur pied un syndicat. Chaque élevage a droit à une

[1021] F. Caporale, « Société et Indivision », Revue des Sociétés, 1979, p.265.
[1022] Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99.
[1023] J.-J. Daigre, note sous CA Versailles 17 mars 2000, Joly, 2000, p.845, : « *deux personnes ayant acquis en commun un cheval, ont par la suite adressé à une société hippique une déclaration d'association dans laquelle ils demandaient la répartition des gains entre elles, démontrant ainsi leur volonté de s'associer et l'existence d'une société créée de fait (et non une indivision). A défaut de rapporter la preuve que la mésentente entre associés a entraîné la paralysie du fonctionnement de la société, la dissolution anticipée de la société de fait ne peut être prononcée…. Société créée de fait ou indivision ? A vrai dire, les deux ne s'excluaient pas mais se conjuguaient certainement* ».
[1024] J.-J. Daigre, Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p 99 et M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des Sociétés,* 24ème édition, 2011, n°1284 ; voir l'article « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code Civil », C. Saint-Alary-Houin, RTD Com, 1979, p.645 : « *il faut désormais scruter l'intention des parties, analyser leur volonté. La nuance entre la société et l'indivision est, dans ce cas, très mince. La première se présente comme une affectation des biens à l'entreprise collective ; c'est un groupement dynamique. La seconde est la jouissance des biens dans le souci d'en maintenir la valeur ; elle est de nature plus statique* ».
[1025] J. Pellerin, « La personnalité morale et les formes de groupements volontaires de droit privé », RTD Com, 1981, p.471.
[1026] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.140.
[1027] Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99.

saillie de l'animal et l'élevage du chef de file en bénéficie de deux à trois gratuites. Guy de Rotschild, qui arguait de l'existence d'une indivision, cède ses droits à plusieurs syndicats d'étalons. L'administration fiscale, considérant que le syndicat d'étalon est une société en participation, lui réclame les droits de mutation de cession de droits sociaux de 4,8 %[1028].

271. Comment définir l'affectio communionis ? De façon « simpliste », il est possible de retenir la définition suivante : « *les indivisaires ont une âme de copropriétaires, les coassociés une âme d'entrepreneurs* »[1029]. Est ici sous-jacente la notion de bon père de famille. Cet affectio repose sur l'intérêt commun, initialement né du concept de masse indivise. C'est une élaboration jurisprudentielle. Il est le fondement des règles de révocation à l'unanimité du chef de file[1030], des décisions excédant le pouvoir de ce dernier prises à l'unanimité[1031], de l'obligation faite à chaque indivisaire de participer aux dépenses de conservation des biens indivis[1032], de l'intuitus personnae qui sous-tend la conclusion de la convention d'indivision et les procédures de cession[1033]… La logique qui sous-tend cet affectio repose sur l'enrichissement de la masse indivise, ou à défaut de son maintien, concept évidemment lié à l'intérêt général. Néanmoins, le « *sentiment d'intérêt commun qui devrait toujours unir les individus, l'affectio communionis, n'est pas aussi caractérisé que l'affectio societatis…Il s'agit moins d'un concept juridique de type classique qu'un standard que la Cour de cassation s'abstient de contrôler* »[1034].

272. Quant à l'affectio societatis ? Les associés doivent faire preuve de l'esprit d'entreprise, caractérisé par la volonté de prise de risque, base de la recherche des bénéfices, bien que cet esprit d'entreprise, comme nous l'avons vu précédemment, n'est pas clairement défini et repose sur des critères aussi disparates que le sont les associés de la société en participation,

---

[1028] Les cessions de parts sociales et d'actions réalisées depuis le 6 août 2008 sont en principe actuellement soumises à un droit de 3 %.

[1029] M. Cozian et A. Mingat, « L'imposition des bénéfices de l'entreprise indivise », JCP, Ed. E., 1999, 638, n°4.

[1030] Article 1873-5 du Code civil, *les co-indivisaires peuvent nommer un ou plusieurs gérants, choisis ou non parmi eux. Les modalités de désignation et de révocation du gérant peuvent être déterminées par une décision unanime des indivisaires.*

[1031] Article 1873-8 du Code civil, « *les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant sont prises à l'unanimité…* ».

[1032] Article 1873-11 alinéa 2 du Code civil : « *chaque indivisaire est tenu de participer aux dépenses de conservation des biens indivis…* ».

[1033] Article 815-14 alinéa 1 : « *l'indivisaire qui entend céder, à titre onéreux à une personne étrangère à l'indivision, tout ou partie de ses droits dans les biens indivis ou dans un ou plusieurs de ces biens est tenu de notifier par acte extrajudiciaire aux autres indivisaires le prix et les conditions de la cession projetée ainsi que les nom, domicile et profession de la personne qui se propose d'acquérir* ».

Article 815-18 al 2 du Code civil : « *les notifications prévues aux articles 815-14n 815-15 et 815-16 doivent être adressées à tout nu-propriétaire et à tout usufruitier…* ».

[1034] F. Xavier Testu, *L'indivision*, Connaissance du Droit, Droit Privé, Dalloz, 1996, p.2.

alors que les coindivisaires se satisfont d'une gestion en bon père de famille, donc à visée plus conservatoire.

La gestion d'un animal[1035] relève plus de la catégorie du bon père de famille que de celle des readers ! Le bien, en l'occurrence l'étalon, ne peut augmenter de valeur. Il n'y a pas de recherche capitalistique à son encontre. Sa gestion se rapporte plus à des mesures conservatoires[1036] qu'à la recherche d'une plus-value en cas de revente de l'étalon. Dans cette affaire la différence juridique principale repose sur la question de « *savoir si les biens mis en commun demeurent affectés à la jouissance des membres ou sont affectés à une fin extérieure, s'ils sont l'objet et la fin de la convention ou seulement le moyen. Dans le cas d'un syndicat d'étalon, le doute reste permis* »[1037].

L'état d'esprit est, nous semble-t-il, plus d'ordre communionis que societatis. Or les juges en ont décidé autrement. S'agirait-t-il plus d'opportunité fiscale que d'une réalité juridique, afin d'éviter l'évasion des 4,80 % de droits de cession ? En effet, lorsqu'un co-indivisaire se retire de l'indivision, sa situation fiscale s'analyse en une cessation d'entreprise uniquement à son égard. Aussi est-il imposé sous l'angle de la liquidation, entraînant un bonus ou un malus, et non sous l'angle de cession de droits sociaux. Il est permis de présumer que le juge peut requalifier l'affectio communionis en affectio societatis sur le seul fait de sa subjectivité qui peut être bien éloignée de la volonté des cocontractants. Pourtant, « *les finalités de ces deux notions juridiques sont suffisamment proches pour que l'on puisse reconnaître aux parties le droit de qualifier leur opération, sans qu'on puisse sérieusement contester, ce qu'on a le droit de faire dans le principe, que leur qualification ne correspondrait pas à l'objet et au contenu de leur convention* » [1038].

Nous avons constaté la difficulté de déterminer classiquement la différence entre les deux affectio. Elle devient encore plus évidente dans le cadre d'indivisions industrielles.

[1035] A propos de l'affaire de l'étalon mentionnée supra.

[1036] De la bonne avoine et un beau pré pour gambader ! De plus, les saillies sont principalement réservées aux élevages des membres du syndicat. H. Aberkrane, « L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision », *Mélanges Breton et Derrida,* Dalloz, 1991, p.18 : les saillies sont « *offertes personnellement et individuellement à chaque copropriétaire, qui peut certes en disposer à titre personnel, mais à sa seule initiative et à son seul profit. C'est là la considération la plus forte qui milite en faveur de l'indivision conventionnelle* ».

[1037] J.-J. Daigre Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99, reprenant la théorie de H. Aberkane, « L'étalon, la société de participation et la convention d'indivision » *Mélanges Breton et Derrida,* Dalloz, 1991, p.11.

[1038] H.Aberkrane, « L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision », *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p.21.

§ II) L'indivision industrielle

273. Elle se rencontre traditionnellement dans les secteurs de la pétrochimie et du charbonnage[1039]. Cette copropriété d'équipements lourds s'est élargie au secteur de l'aéronaval, aux fonctions de stockage et d'entreposage ; elle reste toujours d'actualité pour les centres de raffinage[1040]. Elle permet, y compris sous la structure d'une joint-venture, l'exploitation en commun d'une même unité de production par plusieurs entreprises différentes. En tant que telle elle se rapproche de deux concepts : le GIE et la société. Toutefois, les parties recherchent dans une telle construction juridique l'absence de personnalité morale, d'où la constitution d'une société en participation. Pourtant, la volonté de créer une société n'est pas évidente de prime abord. Dans les accords d'entreprises de charbonnage, l'absence d'affectio societatis semble démontrée par la convention de mandat. Cette dernière « *détermine les conditions de construction de l'unité industrielle et celles de son exploitation* »[1041].

Or l'affectio communionis se caractérise plus par une collaboration entre « frères », un pouvoir de critique et de contrôle sur un pied d'égalité. L'affectio societatis se démarque du jus fraternitatis, tant par une dominante psychologique que par l'acceptation du risque économique. Dans l'acceptation moderne du jus fraternitatis, ce dernier « *implique que les associés ne doivent pas envisager le contrat en tant qu'adversaires, mais comme des collaborateurs animés d'un esprit de fraternité* » [1042]. A notre avis, cette conception du jus fraternitatis peut aussi animer l'affectio communionis, mais elle n'intègre pas, bien qu'il y ait un lien de filiation entre le jus fraternitatis et l'affectio societatis, la recherche risquée de l'enrichissement économique, à savoir le bénéfice (ou dans le cas contraire, la perte), élément fondamental du contrat de société.

[1039] J.-J. Daigre, « La société en participation, instrument de coopération », Actes Pratiques, Droit des Sociétés 1994, p.5, n°16 : « *le site de stockage et de raffinage de Feyzin, au sud de Lyon, a été constitué sur le modèle de convention d'indivision foncière et de société en participation, par les principales compagnies pétrolières françaises et étrangères* ».

[1040] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des Sociétés*, 16ème édition, 2003, n°1545.

[1041] C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code Civil », RTD Com, 1979, p 645, n°43.

[1042] K.Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, p.243.

274. Une indivision industrielle repose sur la volonté des cocontractants d'effectuer des économies (cette notion sous-tend tant les GIE que les sociétés), mais surtout sur le risque de cogestion, non plus entre deux frères, mais entre deux entreprises d'un même secteur industriel, voire entre deux concurrents. Ce n'est plus du jus fraternitatis mais de l'alliance stratégique. L'indivision industrielle prend alors « *le moule de la société en participation et la jouissance des biens indivis sera apportée au groupement* » [1043].

Il est permis de supposer qu'une acceptation généralisée du caractère contractuel des sociétés en participation et la modification de la fiscalité des apports permettraient de clarifier cette situation, en lui redonnant un air de jouvence.

[1043] C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », RTD Com, 1979, p.645, n°67.

Conclusion du deuxième chapitre

275. Convention de croupier et indivision, notamment industrielle, sont aux frontières de la société en participation. La convention de croupier qui permet de contourner les difficultés de cession de parts d'une société, est assimilée à une société en participation. Si le croupier ne peut s'immiscer dans la gestion de la société à l'origine de la convention, il bénéficie néanmoins, via la société en participation, d'un droit d'information sur la première.

276. L'indivision et la société en participation se distinguent l'une de l'autre essentiellement par l'état d'esprit qui anime les coindivisaires ou les associés participants. Pour les coindivisaires il s'agit de l'affectio communionis qui met en évidence le concept de bon père de famille. Ce dernier s'intéresse avant tout à l'administration de son patrimoine. Pour l'associé, le ciment commun est l'affectio societatis, qui concorde à la notion l'intérêt social. Chaque associé va rechercher avant tout la rentabilité de son investissement et donc l'accroissement des bénéfices. Toutefois, force est de constater que ces notions sont mises en avant essentiellement dans le cadre de litiges. En effet, « *il est sans doute moins souvent débattu de l'intérêt social dans le cadre feutré des conseils d'administraiton ou de surveillance que dans les prétoires dans des situations de crise* »[1044]. C'est d'ailleurs à l'occastion d'un litige que la Cour de cassation[1045] a eu l'occasion de confronter les notions d'affectio societatis et d'affectio communionis.

[1044] N. Ronchevsky, « L'utilisation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés, en droit pénal et en droit boursier », Les Affiches Moniteur, 26 janvier 2010, p.1 : « *l'intérêt social permet d'assurer la police du fonctionnement de la société et d'apprécier les actes de gestion des dirigeants et la régularité des décisions sociales* ».
[1045] Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99.

Conclusion du deuxième titre :

277. Le droit fiscal participe indéniablement du rapporchement entre la société dotée d'une personnalité morale et la société en participation, puisqu'il crée au profit de cette dernière, en principe, une personnalité fiscale uniquement pour les besoins de la perception des impôts directs ou indirects. Néanmoins, il appartient aux participants de décider de leur mode d'imposition, l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés.
Le droit comptable l'assimile à une simple succursale. L'opération commune n'apparaît donc plus comme une société, mais une activité des participants parmi d'autres ou pour être encore plus précis un contrat de coopération. Il va de soi que ce contrat doit respecter les règles générales des contrats, encore plus dacroniennes lorsqu'il vise des activités protégées[1046]. C'est pourquoi, la SEL va déroger partiellement à la liberté contractuelle.

278. Néanmoins, l'activité d'une société en participation reste particulière, notamment dans le cadre de la convention de croupier ou en présence d'une indivision. Seule l'intention des participants permet de distinguer cette dernière de l'aventure en commun. La frontière entre ces mécanismes juridiques reste bien souvent ténue, aussi difficile à cerner que les notions d'affectio societatis et d'affectio communionis. *« Même si l'affectio societatis sert parfois de révélateur de la qualité d'associé, on ne peut le considérer comme un critère de qualification de l'associé, permettant de le distinguer à coup sûr des situations voisines »*[1047]. C'est plus la notion d'acceptation du risque, notamment de perte en capital, qui est révélatrice[1048].

279. La société en participation étant créée, il convient, dans la deuxième partie, de la faire vivre, mais aussi d'en constater sa mort.

[1046] Cass Com 11 juillet 2006 n° de pourvoi 04-16759 : *« est nulle la société en participation constituée entre un pharmacien et un vétérinaire ayant une activité portant sur des pratiques illicites constitutives de manquements graves aux dispositions d'ordre public du Code de la santé publique relatives à la délivrance de médicaments vétérinaires réglementée par l'article L5143-5 dudit Code »*.
[1047] J. Ledan, « Nouvau regard sur la notion d'associé », Droit des Sociétés, 2010, n°14.
[1048] Ibidem.

Deuxième partie : L'exécution et l'anéantissement du contrat de société en participation

280. *« Selon la vérification américaine de Bruce Kogut, les co-entreprises (joint-ventures) n'ont pas pour vocation de durer longtemps (leur taux de mortalité est particulièrement élevé à l'approche de 5 à 6 ans d'existence). Ce n'est donc pas la stabilité dans le temps qui est recherchée, mais plutôt la qualité du mode de fonctionnement impulsée par la société. Il n'empêche que dans d'autres cas la société commune donne lieu à des implantations stables avec des effets de diffusion d'activités en réseau, par le biais de la sous-traitance industrielle de recherches technologiques menées avec des centres locaux, de création de réseaux de distribution mis en commun »*[1049]. On retrouve l'idée de l'adhocratie temporaire : structure ad-hoc créée pour le court terme.

L'évolution des sociétés en participation, quand elles se pérennisent, semble correspondre à celle de toute structure entrepreneuriale, décrite par le professeur Alfred Chandler : *« le besoin de changer ne* [vient] *pas de la croissance de la taille de l'entreprise en elle-même. Il* [est] *dû plutôt à la diversité et à la complexité croissante des décisions que les cadres dirigeants* [ont] *à prendre. Les recherches révèlent à quel point les procédures de gestion en vigueur, y compris la structure existante de l'entreprise, influaient sur les changements de stratégie et d'ordinaire les contrecarraient. De même que les réorganisations essentielles de la structure ne sont survenues qu'après une forte crise ou après une série de petites crises connexes étalées sur une période de temps beaucoup plus longue, de même les changements de stratégie initiaux dans ces comptes n'ont eu lieu qu'après une modification massive de leurs marchés »*[1050]. Les recherches du professeur Alfred Chandler ont démontré que toute

[1049] U. Mayrhoffer, P. Nanopoulos et S. Urban, « Rapprochements d'entreprises et cadre juridique : pour une Sarl européenne », publication du CESAG Strasbourg, octobre 1997, p.4 citant B. Kogut, 1988, « A study of the Life Cycle Joint Ventures », in Contractor F.J. et Lorange P., *Cooperative Strategies in International Business*, Lexington Bools, Lexington MA p.169-186.

[1050] A. D. Chandler, *Stratégie et structures de l'entreprise*, Les Classiques EO. Les Editions d'Organisation 1994 (2ème impression 1989), préface à la nouvelle édition, p.13. La conjugaison des verbes est à l'imparfait dans l'écrit original. Mais cette évolution est encore à notre avis actuelle.

organisation intégrée dans un marché suit quatre étapes dans son évolution : « *l'expansion initiale et l'accumulation de ressources, l'aménagement de ses ressources, l'expansion vers des secteurs ou des produits nouveaux pour assurer le plein emploi des ressources, et finalement, la mise au point d'une nouvelle structure, susceptible d'assurer l'emploi rentable et régulier de ces ressources, en fonction de la demande à court terme et des tendances à long terme* »[1051]. Dans le cadre d'une société en participation fondée sur le long terme, la notion de ressources s'entend tant sur un plan financier que sur un plan immatériel (innovation, idée…). L'utilisation rationnelle des ressources en fonction du court et du long terme implique bien souvent le passage d'une société sans personnalité morale à une entreprise dotée d'un patrimoine social. Car, « *dès qu'une organisation dépasse le cercle de ses créateurs, elle doit remplir des séries de conditions différentes : continuer à tendre vers les buts de ses créateurs, leur fournir ce qu'ils attendent, mais aussi satisfaire aux attentes de ceux que les créateurs de l'organisation vont avoir à enrôler pour atteindre leurs objectifs (les salariés, par exemple) ou avec qui ils vont avoir à coopérer (les fournisseurs et les clients, par exemple)* » [1052]. Ces contrats peuvent certes être passés par le chef de file de la société en participation. Mais l'expansion de l'organisation, y compris temporelle, rend particulièrement compliquée ce maintien de forme juridique. C'est pourquoi, nous étudierons dans un titre premier l'exécution du contrat, puis dans le deuxième titre, son extinction.

[1051] A. D. Chandler, idem, p.527. « *La stratégie de croissance de l'entreprise est la variable explicative de l'évolution des structures : les modifications de stratégie, visant à tirer parti d'opportunités d'environnement, se heurtent à des problèmes administratifs de mise en œuvre qui ne se résolvent qu'en modifiant les structures de l'entreprise : l'environnement entraîne la stratégie qui entraîne la structure* », A. Desreumaux, *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de P. Joffre et Y. Simon, tome 2 Economica, Editions G. Vermette inc., 1989, n°134 p.2774.

[1052] J. Rojot, « Théorie des organisations », *Encyclopédie de Gestion* sous la direction de P. Joffre et Y. Simon, tome 2 Economica, Editions G. Vermette inc,. 1989, n°141, p.2927.

Titre premier : L'exécution du contrat

281. Tout contrat donne naissance à une situation juridique impérative : la jurisprudence a décidé depuis longtemps que les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels sont opposables à tous et doivent être respectés par tous. Il en est évidemment ainsi des conventions créant les groupements, notamment le contrat de société.

Le respect des règles élaborées dans un contrat de société est induit par les articles 1134[1053] et 1135[1054] du Code civil. Cest la rigueur du lien contractuel[1055]. L'exécution de bonne foi d'un contrat de société en participation implique un devoir de loyauté, un devoir de coopération, voire, pourquoi pas, le respect de l'équité. Le devoir de loyauté pour un associé est l'exécution fidèle de son engagement, en particulier le respect de ses engagements en terme « d'apports ». Il va de soi que chacun des associés doit s'abstenir de tout acte déloyal ou de manœuvres rendant l'exécution du contrat impossible ou plus difficile. Le devoir de coopération est particulièrement marqué dans un tel contrat, sauf à rendre l'aventure en commun impossible à exister. Quant à l'équité, nous savons qu'elle joue un rôle croissant dans le droit commun des contrats, la jurisprudence[1056] l'utilisant, sans réécrire le contrat, pour y adjoindre des conséquences que les parties n'ont pas voulues, en application de l'article 1135 Code civil lui-même. C'est une technique proche du forçage, qui implique que l'obligation ait été implicitement intégrée par les parties, sauf que par rapport à celui-ci, on

---

[1053] *« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».*

[1054] *«Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».*

[1055] Domat, 17ème siècle, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre I, Titre I, section II, VIII : « *les conventions légalement formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun* ».

[1056] Voir par exemple la jurisprudence relative à l'estoppel (Cass Com 8 mars 2005 n° de pourvoi 02-17448, principe équivalent à celui de la bonne foi. Le concept de l'estoppel émane de la common law et se retrouve dans tous les systèmes de droit, nationaux ou internationaux. Il consiste notamment à sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ou toute déclaration d'une partie ayant pour but le détriment de l'autre, mais ne permet pas au juge de porter atteinte à la substance même des droits et obligations convenus entre les parties (Cass Com 10 juillet 2007, D2007.2839). Pour la Cour de cassation (Cass Ass Plen 27 février 2009 n° de pourvoi 07-19841), selon le principe d'estoppel, une partie ne peut se prévaloir d'une position contraire à celle qu'elle a prise antérieurement lorsque le changement se produit au détriment d'un tiers.

constate que la jurisprudence ne fait pas appel à la volonté des parties, mais simplement à l'équité, en faisant référence à cet article 1135 du Code civil.

Nous étudierons dans un premier chapitre la vie du contrat de société en participation ; nous constaterons aussi dans le second que l'organisation ainsi créée est affectée d'instabilité.

Chapitre premier : Les conséquences pratiques de l'exécution du contrat

288. A priori, les participants contractent pour eux-même, encore que les droits sur l'aventure en commun puissent être transférés à leur ayants cause universel ou à titre universel[1057]. Mais il va de soi que le contrat de société en participation a des conséquences au moins indirectes pour les tiers, malgré l'article 1165 du Code civil[1058], en raison de l'opposibilité du contrat à leur égard. « *Avec le recul de la théorie de l'autonomie de la volonté, le principe de l'effet relatif des conventions s'est maintenu, mais il a perdu son caractère absolu »* [1059]. En effet, le contrat étant la loi des parties, seuls ceux qui ont contracté sont évidemement tenus par la convention.Toutefois, « *dès lors que la force obligatoire du contrat vient, non de la promesse, mais de la valeur que la loi attache à la promesse, on peut parfaitement admettre que le législateur ou même la jurisprudence décide, pour satisfaire à tel ou tel impératif d'étendre le cercle des personnes obligées au-delà de ceux qui ont conclu le contrat »* [1060].

L'exécution du contrat de société en participation se déroule normalement comme n'importe quel contrat de partenariat. Cela implique notamment l'établissement des documents comptables et fiscaux, ce que nous étudierons dans la seconde section. Néanmoins, il s'agit avant tout d'un contrat de société.

289. Trois mécanismes liés à la société en participation apparaissent particulièrement intéressants à approfondir dans le cadre de l'application du droit des contrats : la tacite reconduction du contrat, la coexistence d'une indivision avec la société en participation et l'application de la règle de la continuation des contrats en cours dans le cadre des procédures collectives, ce que nous envisagerons dans la première section.

[1057] Ils continuent la personne de leur auteur et deviennent partie aux contrats par succession. L'ayant cause (ou ayant droit) universel acquiert le patrimoine tout entier de son auteur, alors que l'ayant cause à titre universel n'obtient qu'une fraction de celui-ci. Ils se différencient de l'ayant cause à titre particulier qui n'acquiert qu'un bien déterminé. Ils sont mentionnés à l'article 1122 du Code civil : « *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention »*. Cette dernière affirmation vise les contrats intuitu personae.

[1058] « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes : elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »*.

[1059] A. Bénabent, *Droit civil – les obligations*, Droit civil, Domat Montchrestien, 11ème édition, 2008, n°25, p.20.

[1060] Ibidem.

Section 1 : L'application du droit des contrats

290. La volonté individuelle *« constitue le siège unique de la force contractuelle, ce qui se traduit à trois stades*[1061] » lors de la conclusion du contrat. La volonté contractuelle englobe en effet *« la liberté de contracter ou de ne pas contracter*[1062] » mais aussi *« la liberté des formes du contrat »*[1063]. En effet, « *dès lors que la volonté existe, peu importe la forme sous laquelle elle s'exprime »*[1064]. Le troisième stade repose sur « *la liberté du contenu du contrat : peu importe l'économie et l'équilibre objectif du contrat, car le seul fait qu'il ait été accepté par les parties établit qu'il correspond à leur intérêt ; qui dit* « contractuel dit juste » *et l'Etat n'a pas à se substituer aux particuliers dans l'appréciation qu'ils font de la justice à leur égard »*[1065].

Cette philosophie juridique est parfaitement en adéquation avec le contrat de société en participation, notamment au regard de l'application du droit des obligations. Mais, dans le cadre d'une société en participation, contrat passé entre les participants, le chef de file peut aussi à son tour conclure des conventions avec des tiers, tels des fournisseurs ou des clients. Dès lors, la question des procédures collectives appliquées à ces derniers se répercute sur la société en participation. Quelle est alors la nature juridique de cette société au regard des contrats en cours lors de la période d'observation ? Contrat ou institution ?

Nous sommes amenés à étudier la situation de l'exécution du contrat dans le contrat « classique » du droit des obligations, en tenant compte des mécanismes traditionnels et de l'impact de l'indivision, dans un premier paragraphe, mais aussi ses liens avec le droit des procédures collectives, dans le second paragraphe.

[1061] A. Bénabent, *Les obligations,* Montchrestien, Domat, Droit privé, 13[ème] édition, 2012, n°25 p.20.
[1062] Ibidem.
[1063] Ibidem.
[1064] Ibidem.
[1065] Ibidem.

§I) La société en participation et l'application du droit des obligations

291. Les cocontractants peuvent librement décider de consentir à l'économie du contrat, quelle que soit sa forme. Ils le démontrent en faisant même abstraction des règles légales de durée de vie d'une société (au maximum quatre-vingt-dix-neuf ans) par l'application de la tacite reconduction, ce que nous étudierons dans le premier point de ce paragraphe. Ce mécanisme de tacite reconduction a pour conséquence de faire perdurer le contrat au-delà du terme initialement prévu.

292. L'histoire du droit des sociétés a marié, et continue à le faire, les sociétés en participation et les indivisions, notamment conventionnelles. « *L'idée sous-jacente est en effet de pallier les inconvénients de l'absence de personnalité en permettant de doubler la participation par une indivision et de faire en sorte que les deux puissent avoir la même durée. C'est tout aussi utile et nécessaire que la société soit à durée déterminée ou indéterminée* »[1066]. L'absence de patrimoine social rend souvent indispensable la coexistence des deux contrats, d'une part par l'affectation des biens nécessaires à la réalisation de l'objet social, d'autre part par la mise en commun de ceux générés par l'entreprise commune.

Ce mariage rend difficile la différentiation entre l'affectio societatis, même imposé, et l'affectio communionis. Seule, peut-être, la recherche du risque distinguerait ces deux notions. L'indivision conventionnelle, sœur de la société en participation, peut ainsi coexister avec le contrat de participation. C'est ce que nous envisagerons dans le deuxième point de ce paragraphe.

1° La tacite reconduction du contrat de société en participation

293. La durée de « vie » d'une société en participation dépend du choix des associés. A eux de déterminer si elle est à durée indéterminée[1067] ou déterminée. Ce choix laissé à la libre détermination des associés démontre le caractère éminemment contractuel de cette société.

La question d'une tacite reconduction ne peut se poser qu'en cas de durée déterminée. Telle est la situation prévue dans le contat type de société en participation entre vétérinaires[1068].

[1066] J.-C. Hallouin note sous Cass Com 1er octobre 1996, D 1996 sommaire 230.

[1067] Article 1872-2 : « *lorsque la société en participation est à durée indéterminée…* ».

Voir par exemple, en annexe 4-2, le contrat type de société en participation entre vétérinaires, article 4 durée, deuxième possibilité : « *la durée de la société est illimitée* ».

La Cour de cassation[1069] a entériné la possibilité pour les participants d'utiliser le mécanisme de la tacite reconduction dans le cadre d'une société en participation. Par conséquent, nous envisagerons la détermination de la tacite reconduction puis son application dans le cadre d'un contrat en participation.

a) La détermination de la tacite reconduction

294. La tacite reconduction intervient soit en raison de l'existence d'une clause permettant la poursuite matérielle du contrat après sa date d'expiration, soit, en l'absence de clause, lorsque les parties continuent à exécuter le contrat après cette date. *« La tacite recondution n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat »*[1070]. Toutefois, le contrat est « poursuivi » dans son aspect matériel[1071]. Par principe, la durée de ce nouveau contrat est indéterminée[1072].

b) L'application de la tacite reconduction au contrat de société en participation

295. En 2007, la Cour de cassation[1073] a soulevé incidemmment la problématique de l'existence d'une clause de tacite reconduction dans un contrat de société en participation. Déjà en 1988[1074], elle avait admis *« la reconduction tacite de la société en participation »*. En 2007, elle utilise le terme de prorogation. La reconduction implique de renouveler le contrat, la prorogation de le prolonger[1075]. Pour Pierre Storck et Orrick Rambaud Martel, « *la terminologie est différente, mais l'esprit reste contractuel »*[1076].

1068 Contrat type de société en participation de vétérinaires, article 4 durée, alinéa 1 : « *la durée est de … ans, sauf dissolution anticipée ou prorogation à compter du …* ».
1069 Cass Com 23 octobre 2007, Bull.Civ IV, n°224.
1070 Cass Civ 1ère 17 juillet 1980, Bull Civ I, n°220 ; Cass Com 13 mars 1990, Bull Civ IV, n°77 et RTD Civ, 1990, p.464 ; A. Bénabent, *Droit civil – les obligations*, Droit civil, Domat Montchrestien, 11ème édition, 2008, n°311 p.245.
1071 A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, n°311, p.249.
1072 Ibidem.
Voir par exemple la législation des agents commerciaux ou des baux commerciaux.
1073 Cass Com 23 octobre 2007, Bull.Civ IV, n°224.
1074 Cass Com 9 février 1988, Droit des Sociétés, 1988, n°322.
1075 Dans le cadre d'une société dotée de la personnalité morale, elle est prorogée pour les besoins de la liquidation.
1076 P. Storck et O. Rambaud Martel, « Du contrat de société en participation », note sous Cass Com 23 octobre 2007, Les Petites Affiches, 2008, n°136, p.15.

296. Cette possibilité, autrefois existante pour toutes les sociétés, a disparu avec la loi du 24 juillet 1966[1077]. Le principe est donc posé à l'article 1838 du Code civil : « *la durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans* ». Mais la durée d'une société en participation, en application de l'article 1872-2 du Code civil peut déroger à ce principe[1078].

297. L'affaire, jugée par la Cour de cassation en 2007, repose sur la modification de trois dispositions statutaires d'une société en participation composant un ensemble hôtelier ; l'une d'elles est la prorogation de la durée de la société au-delà de dix ans par tacite reconduction d'un an renouvelable. Faute de l'obtention de la majorité requise par les statuts, ces trois modifications n'ont pu être adoptées. Néanmoins, la Cour de cassation suggère que la tacite reconduction n'est pas à exclure au regard de la nature éminemment contractuelle d'une telle organisation : « *en l'absence de toute prorogation expresse ou tacite de sa durée, la société en participation a été dissoute par l'arrivée du terme* ».

298. Si la Cour admet la prorogation tacite, il n'y a plus aucune raison de ne pas prévoir dans les statuts une disposition contractuelle l'organisant. La société perdure ainsi par succession de contrats. Car « *dénuée de la personnalité morale, la société en participation demeure un contrat auquel les parties peuvent donner librement la durée de leur choix… Il apparaît licite de prévoir que le contrat de société sera poursuivi par tacite reconduction,* [c'est-à-dire par simple] *observation des faits (poursuite de l'activité, conservation de l'affectio societatis) en l'absence de toute clause statutaire la stipulant* »[1079]. Seules les sociétés non dotées de la personnalité morale peuvent être tacitement reconduites, en raison de leur caractère

---

[1077] P. Didier et P. Didier, *Droit commercial – les sociétés commerciales*, tome 2, Economica, 2011, n°155 : « *il était admis avant la loi de 1966 que les sociétés pouvaient être conclues, comme la plupart des contrats, soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée. Dans le premier cas, elles étaient dissoutes de plein droit à l'échéance du terme, sauf prorogation. Dans le second cas, elles prenaient fin par la volonté qu'un seul ou plusieurs exprimaient de n'être plus en société, pourvu que cette renonciation soit faite de bonne foi et non à contretemps. La loi de 1966, suivant les suggestions de la commission de réforme du code civil, a décidé que toutes les sociétés seraient à durée déterminée, ce qui interdit désormais que la volonté d'un seul puisse mettre fin à une société* ».

[1078] J.-F. Barbieri note sous Css Com 31 janvier 2012, Joly, 2012, n°179 : il met en évidence que la prorogation ici d'une SNC n'a lieu que pour les besoins de la liquidation de cette dernière.

[1079] Cass Com 23 octobre 2007, Joly 2008, n°27, note B. Saintourens. Se pose alors la question de l'extension de la prorogation tacite aux sociétés dotées de la personnalité morale : « *il nous paraît pas envisageable que la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté puisse être interprétée comme s'appliquant aussi directement aux sociétés dotées de la personnalité morale… Cette société a perdu sa personnalité morale, avec toutes les conséquences qui y sont attachées notamment vis-à-vis des créanciers, mais elle peut poursuivre son activité sous le régime des sociétés en participation et, dans ce cas, sans limitation de durée puisque la Cour de cassation reconnaît la prorogation tacite d'une telle société* ».

éminemment contractuel et non institutionnel. Le contrat est donc l'essence même de telles sociétés[1080].

299. Se pose alors la question de la durée du nouveau contrat de société en participation « renouvelé » par tacite reconduction ou tacite prorogation. Elle est déterminée en fonction de la volonté des parties, grâce à l'autonomie de la volonté. Soit le contrat initial prévoit une durée dans une clause de tacite reconduction, et elle est applicable. Il en est ainsi du contrat type de société en participation entre vétérinaires[1081]. Soit le contrat initial ne prévoit pas de durée, et il nous semble que le droit commun des obligations a vocation à s'appliquer. Ce nouveau contrat a alors une durée indéterminée[1082]. Toutefois, lorsque la Cour de cassation utilise le terme de « prorogation » , elle laisse planer une relative incertitude sur la nouvelle durée de la société.

Par la suite, dans le cas d'une durée illimitée, toute renonciation effectuée par les associés devra être faite de « *bonne foi et non à contretemps »*[1083].

Outre la tacite reconduction, une autre technique du droit civil prend une dimension particulière avec le contrat de société en participation : l'indivision coexistant avec l'aventure en commun.

2° La coexistence d'une indivision et d'une société en participation

300. Lorsque les indivisaires affectent leurs biens à une œuvre commune, « *ne se contentant pas d'une gestion conservatoire et passive,* [ils] *passent de l'indivision à la société* » [1084]. Les biens acquis par emploi et réemploi de biens ou deniers indivis pendant la durée de la société et les apports indivis sont réputés indivis, conformément à l'article 1872 alinéa 2 du Code

---

[1080] J.-F. Barbieri, idem: *« s'agissant de la société en participation, dénuée de personnalité morale, le consensualisme justifie donc une acception large de la «* prorogation tacite *» : une simple poursuite de l'activité sociétaire entre les participants au-delà du terme convenu devrait valoir décision de prorogation, quand bien même, selon nous, l'existence de cette société aurait été révélée aux tiers (participation devenue «* ostensible *»).*

[1081] Contrat type de société en participation entre vétérinaires , article 4 alinéa 2 : « *elle se renouvelle par tacite reconduction, pour une durée égale, sauf préavis donné par l'une ou l'autre des parties, six mois avant l'expiration des conventions, à moins d'un accord unanime des soussignés* ».

[1082] A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, n°311, p.249.

[1083] P. Didier et P. Didier, *Droit commercial – les sociétés commerciales*, tome 2, Economica, 2011, n°155

[1084] T Com Paris 27 septembre 1994, Gaz. Pal., 94.1.Somm 224 et CA Paris 26 juin 1992, JCP, Ed. E., 1995, 505, note de A. Viandier et J. –J. Caussain : à propos d'une convention d'indivision portant sur un fonds de commerce d'officine pharmaceutique d'une durée de cinq ans. « *Aucune reconduction, même tacite, de la convention d'indivision n'est intervenue, ce qui écarte toute application du régime juridique des indivisions* ». L'indivision s'est ainsi transformée en société créée de fait.

civil, sauf convention contraire[1085]. D'ailleurs on ne peut que constater qu'en raison du fort intuitus personae présidant tant à la société en participation qu'à l'indivision, l'affectio communionis se marie fort bien avec l'esprit de coopération nécessaire à la mise en place d'une joint-venture[1086].

Les pouvoirs du chef de file sur les biens indivis dépendent de la nature de la société en participation et de l'existence d'une convention. Dans le cas d'une société en participation non révélée, pour valider l'acte passé par le chef de file sur les biens indivis on peut se fonder sur la théorie de l'apparence[1087]. Quoique déformant la réalité juridique, seule l'application d'une telle théorie peut donner une certaine transparence à des actes effectués dans le cadre d'une société non révélée : il s'agit de concrétiser un semblant d'organisation juridique afin de préserver a minima les tiers cocontractants. Pour une société en participation ostensible, seule l'existence d'une convention formelle permet aux tiers d'être informés de la réalité des pouvoirs du chef de file.

301. Sachant que les créanciers personnels des indivisaires, lors d'une indivision conventionnelle, ne peuvent provoquer le partage que dans la mesure où leur débiteur pourrait lui-même le provoquer[1088], selon l'article 1873-15 alinéa 2 du Code civil, ils devront donc attendre la disparition de la société en participation. Quant aux associés, il y aura partage effectué après les « *opérations comptables préalables permettant de préciser la masse partageable et de fixer les droits de chaque copartageant* »[1089].

302. Dès lors, indivision et société en participation coexistent bien souvent[1090] et elles s'amendent souvent l'une l'autre[1091]. L'indivision certes transformée en société est ainsi pérennisée ; la société gère des biens dont la situation s'apparente à celle du capital social. Il

---

[1085] TGI Briey 12 octobre 1995, Bull inf. C. Cass, 1996, n°206 à propos d'une cession de droits immobiliers.

[1086] V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, 2004, p.239 : « *l'intuitus personae préside à la conclusion de la convention d'indivision, et résulte également du droit de préemption dans l'hypothèse d'une cession d'un droit indivis (article 811-14 du Code civil)* ».

[1087] F. Dekeuwer-Defossez, « L'indivision dans les sociétés en participation », JCP, 1980.I.2970 n°13.

[1088] M. Vion, « Bref aperçu de la loi du 4 janvier 1978 relative au contrat de société, à la société civile et à la société en participation », Defrénois, 1978, p.961, n°207.

[1089] D. Randoux , note sous Cass Com 1er octobre 1996, Joly, 1997, p.40 .

[1090] Rappelons que « *dans la conception initiale du Code civil, la société n'était précisément qu'une sorte d'indivision organisée* », selon M. Dailly, rapporteur au Sénat, projet de loi 78-9, cité par Yves Chartier, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 (loi n°78-9 du 4 janvier 1978) », JCP, Ed. G., 1978.I.2917.

[1091] J.-J. Daigre, CA Versailles 17 mars 2000, Joly, 2000, p.845 : « *les deux ne s'excluaient pas mais se conjuguaient très certainement* », à propos d'une acquisition en commun d'un cheval.

est toutefois nécessaire de déclarer fiscalement la constitution de la société en participation pour qu'elle soit opposable à l'administration fiscale[1092].

Ainsi, la combinaison d'une indivision et d'une société en participation offre de nombreux avantages. L'addition des deux techniques permet aux associés de détenir en commun certains biens[1093], cela « *malgré l'absence de convention ou de clause expresse d'indivision et par la seule grâce du contrat de société en participation* »[1094].

§II) La société en participation, contrat en cours au sens des procédures collectives

303. Il ne s'agit pas ici d'étudier l'application, ou plutôt la non-application, du droit des procédures collectives aux sociétés en participation, envisagée par la suite, mais le devenir d'un contrat de société en participation lors d'une procédure engagée pour l'un de ses débiteurs, soit un des participants, soit un fournisseur ou un client. En ce qui concerne le client ou le fournisseur, le contrat en cours n'est évidemment pas le contrat de société en participation, mais un contrat induit par cette dernière, passé par le chef de file, tel par exemple un contrat d'entreprise. Se pose alors le problème de la déclaration de créance.

1° La procédure collective engagée contre l'un des participants

304. Se poser la question d'une procédure collective engagée contre l'un des participants implique d'analyser la qualification juridique d'un contrat de société en participation, dans le cadre de l'une de ces procédures. La question n'est pas aisée à trancher, en effet d'une part, ce contrat est encore reconnu par la jurisprudence comme une société, d'autre part, il est extérieur aux cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

1092 J.-J. Daigre, note sous Cass Com 30 janvier 2001, Joly, 2001, p.521 à propos d'une indivision successorale transformée en société en participation non déclarée à l'administration fiscale. Lors de l'apport de fonds à une SNC, le fisc conteste l'existence de la société en participation : « *il est en effet de règle qu'une mutation de fonds de commerce n'a d'existence, aux yeux du fisc, que si elle lui est formellement et spécialement déclarée dans les conditions prévues par la réglementation fiscale* ».

1093 M. Cozian et A. Viandier, *Droit des Sociétés*, 11ème édition, 1998, à propos de Cass Com 1er octobre 1996, n°1553.

1094 P. Le Cannu, note sous CA Paris 8 avril 1994, Joly, 1994, p.668.

305. La Cour d'appel de Douai a été amenée le 12 octobre 1995[1095] à se prononcer sur l'application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985[1096] à une convention de société en participation, constituée dans le cadre de l'exécution de chantiers publics, pour la pose du macadam. Une SARL, propriétaire de la centrale d'enrobage, donnait le matériel en location à une société en participation. Les statuts des deux structures prévoyaient une clause d'agrément. La Cour de Douai a estimé à propos de la société en participation que « *l'absence de personnalité morale ne peut avoir pour conséquence, ainsi que soutenu par le représentant des créanciers, de les réduire à des contrats ordinaires à qui s'appliquerait l'article 86 de la loi…que ce type de contrat n'a pas en effet exclusivement pour finalité l'approvisionnement de chacun des participants, mais également celle de régler au plan technique administratif et financier l'exploitation du (ou des) moyen (s) d'exploitation propriété (s) de la SARL à qui il se rattache par un lien nécessaire selon la construction juridique voulue par les parties ».* Or, cette convention est incontestablement un contrat intuitu personae. En 1992, le professeur René Roblot estime que « *les contrats intuitu personae soulèvent l'hésitation. On ne saurait tirer argument du sort des contrats de ce genre qui sont continués à la demande de l'administrateur (ou du débiteur) malgré l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire parce qu'il y a une grande différence entre la continuation d'un contrat avec les mêmes parties dont la situation a changé et la cession forcée du contrat au profit d'un tiers… Mais d'un autre côté, l'article 86 est rédigé en termes très généraux, et l'on conçoit que certains contrats intuitu personae puissent être jugés nécessaires au maintien de l'activité »*[1097]. Cette application de l'article 86 est admis par la jurisprudence pour certains types de contrat : le contrat de franchise[1098], le contrat de mécennat/sponsoring[1099], le contrat

---

[1095] CA Douai 12 octobre 1995, Revue des Procédures Collectives, 1996.1 p.98.

[1096] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 2, 13ème édition par R. Roblot, LGDJ, 1992, n°3197, p.1138 : dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise, « *en vue de préserver toutes les chances de sauvetage de l'entreprise, l'article 86 de la loi confère au tribunal des pouvoirs exorbitants qui constituent des atteintes graves au droit commun des contrats. … Le tribunal qui arrête le plan doit mentionner spécialement les contrats dont la continuation est jugée nécessaire au maintien de l'activité (Cass Com 16 octobre 1990, Bull Cass 1990, 4, n°463)… Le jugement emporte cession des contrats…* ».
Les contrats visés sont, classiquement, les crédits-baux, la location-gérance, le maintien d'une ouverture de crédit …, mais pas le cautionnement. « *On ne peut en effet contraindre une caution à maintenir son engagement au profit d'un repreneur* ».

[1097] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 2, 13ème édition par René Roblot, LGDJ, 1992, n°3197, p.1139.

[1098] M. Cabrillac et P. Petel note sous CA Versailles 23 juin 1988, JCP, E. E., 1989, 15591 n°12 : « *c'est une politique nettement extensive qui préside, dans la jurisprudence des juridictions du fond, à la détermination des contrats dont le plan peut imposer la transmission au profit du repreneur. Il est vrai que l'article 86 de la loi de 1985 a tendu la perche à cette politique en mentionnant parmi les catégories visées «* fournitures de biens et services *», fourre-tout dans lequel on peut, en bonne conscience, inclure tous les contrats commutatifs* ».

[1099] CA Poitiers 20 avril 1988, JCP, Ed.E., 1989, 15591 à propos d'une vedette de sport.

de concession automobile[1100] et le contrat de licence de brevet[1101]. « *Obligatoire pour le cocontractant, la cession doit, en revanche, être demandée par le cessionnaire, car le tribunal ne saurait lui imposer des obligations qu'il n'a pas acceptées (article L.621*-63 du Code de commerce). *Cette rupture de l'égalité entre les parties se justifie par la nécessité de sauver l'entreprise* »[1102]. Dans cette affaire, les juges ont considéré que « *SARL et société en participation doivent constituer un seul ensemble soumis aux même règles* »[1103]. Cette interprétation est quelque peu discutable, car elle entraîne l'absorption de l'une au profit de l'autre et, dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi les participants ont jugé nécessaire de constituer la société en participation. « *Dès lors qu'une analyse différente s'impose en ce qui concerne ces deux situations particulières, la question se pose de savoir si la société en participation doit être soumise à un régime identique à celui des sociétés bénéficiant de la personnalité morale ou si elles doivent au contraire, compte tenu de la constante selon laquelle elles ne possèdent pas cette personnalité, être considérées comme de simples contrats soumis aux prescriptions de l'article L.86. C'est, selon nous, cette dernière solution qui s'impose. L'absence de personnalité morale conduit inévitablement à traiter ces* « associations » *comme de simples contrats soumis en conséquence à l'article L 86* »[1104].

306. Il nous semble que la position du professeur Bernard Soinne s'impose. Dès lors, avant même le choix des contrats à faire perdurer dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, se pose en phase d'observation la question de continuation des contrats en cours. Le cas qui nous intéresse ici est celui d'un des participants en difficulté financière, alors qu'il doit exécuter ses obligations nées d'une société en participation créée, par exemple, pour l'exécution de travaux publics. Dans cet exemple, le lien contractuel né de la société en participation crée plusieurs types d'obligations, celles liées à l'exécution de devoirs des associés, notamment les mises à disposition nécessaires à la réalisation de l'objet social, mais aussi, corrélativement, celles relatives à l'objet social, c'est-à-dire la contribution aux travaux publics. Supposons qu'une société en participation soit créée pour la réalisation d'un ouvrage public et que chaque participant doit effectuer une part de l'ouvrage, entraînant ainsi une participation financière de chacun. La non-réalisation d'une partie va entraîner la non-réalisation de l'ensemble. Il devient donc nécessaire d'exiger l'exécution de la contribution au

[1100] CA Douai 8 mars 1990, D1990 IR 87.
[1101] CA Colmar 13 juin 1990, D1991 J 97.
[1102] Yves Guyon, *Droit des Affaires – Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite,* Economica, tome 2, 9ème édition, 2003, p.324.
[1103] B. Soinne note sous CA Douai 12 octobre 1995, Revue des Procédures Collectives, 1996.1 p.98.
[1104] Ibidem.

travail. Or cette contribution peut être soit à exécution successive, soit à exécution instantanée mais dont les effets se prolongent dans le temps.

307. Les créances nées de l'exécution d'un contrat de société en participation peuvent-elles être des créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective, et par conséquent privilégiées par rapport aux créances antérieures ? Le contrat de société en participation devient-il un contrat en cours dans le cadre des procédures collectives ?
La logique juridique nous incite à répondre positivement à ces questions, en raison de la nature éminemment contractuelle et non institutionnelle de cette société. Ce contrat de société en participation est alors la loi des participants, au sens de l'article 1134 du Code civil. Mais dans le cadre de la sauvegarde ou du redressement du débiteur, le contrat en cours n'est poursuivi que s'il est « utile » à la continuation de l'activité du débiteur. En effet, même s'il n'y a pas eu de jurisprudence en ce sens dans le cadre d'une société en participation, un arrêt de la Cour de cassation, à propos d'un GIE, semble conforter cette solution[1105]. Si les structures essentiellement contractuelles peuvent être considérées comme des contrats en cours, il est tout aussi évident que les sociétés à personnalité morale, structures institutionnelles, ne peuvent bénéficier de ce privilège[1106]. Ce sont le fort lien contractuel et l'intuitus personae, qui en découle, qui génèrent cette possibilité. Sachant, dans notre exemple, que la non-réalisation d'une partie de l'ouvrage public peut entraîner la non-réalisation de l'ensemble, le contrat de société en participation est alors affecté d'instabilité grave. Il ne s'agit pas simplement comme dans une société dotée de personnalité morale, de remplacer un fournisseur, mais de constater l'inexécution d'une obligation fondamentale du contrat de société en participation.

308. La continuation des contrats en cours concerne essentiellement les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Selon l'article L622 – 13 du Code de commerce, seul l'administrateur, s'il est nommé, a compétence pour décider ou non de la poursuite du contrat. Un contrat en cours est celui dont l'exécution n'est pas terminée le jour du jugement d'ouverture. Pour réduire l'incertitude de la poursuite dans laquelle peuvent se retrouver les

[1105] Cass Com 27 février 2007, Joly, 2007, n°233, note J. Vallasan à propos d'un GIE : *« si la qualification de société en participation avait pu être retenue, c'est la même solution qui aurait prévalu et de manière plus évidente. La société en participation est en cours d'exécution. Le contrat de société étant en cours, les créances nées de la poursuite de l'activité des coparticipants dans le cadre de leur société sont des créances postérieures ».*

[1106] Cass Com 10 juillet 2007, Joly, 2008, n°13, note F.-X. Lucas : *« on est tenté d'affirmer que les sociétés dotées de la personnalité juridique, même si elles procèdent d'un contrat, ne peuvent être regardées comme un contrat en cours au sens du droit des procédures collectives ».*

créanciers, ces derniers peuvent mettre en demeure l'administrateur de continuer le contrat. Faute de réponse de celui-ci, dans le délai d'un mois, il est résilié de plein droit. L'administrateur, au moment où il est décide de la continuation du contrat, doit s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires à son exécution. Selon cet article, « *s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* ». La décision de continuation du contrat peut être expresse mais aussi tacite, si le débiteur accomplit sa prestation. La poursuite du contrat doit respecter les conditions conventionnelles. Par la suite, si le débiteur ne remplit pas ces dernières, s'applique le droit commun des contrats, ce qui peut entraîner la résiliation judiciaire du contrat de société en participation.

309. La société en participation ne peut elle-même effectuer la demande de poursuite des contrats en cours ; en l'absence de personnalité morale, elle n'a pu effectivement contracter en son nom, donc n'est pas en tant que telle le créancier. Seul le créancier peut agir. Il semble que c'est au chef de file qu'est dévolu ce rôle, soit au titre du contrat de mandat, soit parce qu'il est celui qui est amené « extérieurement » à passer les contrats au profit de l'ensemble des participants.
Cette situation peut entraîner par la suite l'anéantissement du contrat de société en participation en raison de l'éventuelle disparition de l'un des participants. Ce point sera étudié ultérieurement.

310. Si nous partons du principe que le contrat de société en participation peut être invoqué « contre » le débiteur, se pose alors la question de la nécessaire déclaration de la créance de la société pour les créances antérieures au jugement d'ouverture, notamment face à l'un de ses fournisseurs ou l'un de ses clients.

2° La procédure collective engagée contre l'un des fournisseurs ou clients de la société en participation

311. En vertu de l'article L622-24 du Code de commerce, tout créancier titulaire d'une créance antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, doit déclarer sa créance auprès du mandataire judiciaire dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture, sous peine de forclusion. La déclaration peut être faite

soit par le créancier, soit par un préposé ou un mandataire de son choix. Elle est, par principe, individuelle.

312. Le cas traditionnel de déclaration de créances de l'un des clients d'une société en participation concerne les pools bancaires « ostensibles ». La qualification juridique classique du chef de file dans ce genre d'opération bancaire est celle de mandataire, sauf si sa mission concerne uniquement des actes de gestion ou de coordination. Il est dès lors évident que le chef de file peut, au nom de ses mandants, par le biais d'un pouvoir spécial[1107] dont la copie doit être annexée à la déclaration[1108], communiquer les créances du pool bancaire au mandataire judiciaire du débiteur en difficulté financière. Cette solution semble adaptée à la société en participation transparente.

Mais pour une société en participation non révélée, la preuve du mandat ne peut être transmise avec la déclaration de créance. Il nous semble alors que le chef de file doive déclarer la créance de la société en participation en son nom et l'opération de répartition éventuelle de la perte est alors solutionnée « en interne ».

313. Toute opération, qu'elle soit ou non de partenariat, implique nécessairement l'établissement de documents fiscaux et comptables. On constate entre ces deux techniques une réelle dichotomie dans le cadre des sociétés en participation.

[1107] Cass Com 20 juin 2000 n° de pourvoi 96-18942 à propos d'une société en participation constituée par la société Fiat Crédit France et la société SOFINCO. En l'occurrence le mandat donné dans les statuts est admis mais « *la copie des statuts de la société en participation donnant pouvoir au manadataire ad litem n'avait pas accompagné la déclaration de créance et n'avait pas été produite dans le délai de celle-*ci ».

[1108] Cass Ass Plén 26 janvier 2001, Bull AP, n°1 p.1 : « *attendu que la déclaration de créances équivaut à une demande en justice ; que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit… Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration de créances ou dans le délai légal de cette déclaration, la Cour d'appel…* ».

Section 2 : La dichotomie entre la comptabilité et la fiscalité lors de la phase d'exécution du contrat

314. La société en participation, bien que considérée pour l'essentiel de la fiscalité comme une entreprise dotée d'un patrimoine fiscal, ce que nous envisagerons dans le premier paragraphe, est privée de cette caractéristique au plan comptable. Le droit comptable suit et accentue en ce domaine le droit des sociétés : la société en participation dénuée de patrimoine ne peut être considérée comme une société. Il en résulte que la comptabilité des sociétés n'a pas vocation à s'appliquer. La comptabilité d'une société en participation est ainsi adaptée à sa structure. Les prescriptions comptables fondamentales portent sur le sort des biens apportés et/ou en indivision et la répartition des bénéfices ou des pertes. La comptabilité des sociétés en participation fera l'objet du deuxième paragraphe.

L'opération implique nécessairement l'existence de créances fiscales : revenus distribués, contribution économique territoriale et TVA. Mais la contribution économique territoriale, en contradiction avec l'idée apparente de reconnaissance sociale par le biais du bilan fiscal, réintroduit, en droit fiscal, l'ambiguïté de l'aventure en commun. En effet elle est, selon l'article l'article 1447 du Code général des impôts (CGI), *« due chaque année par les personnes physiques ou morales qui exercent à titre habituel une activité professionnelle indépendante »*. Or, cet article fait notamment référence à la personnalité morale dont est justement dépourvue la société en participation. Apparaît dès lors une nette différence avec les sociétés de personnes dotées de la personnalité morale. Nous l'envisagerons dans le premier paragraphe.

§I) L'obligation de déclaration en vue de l'établissement du patrimoine fiscal

315. Selon l'article 238 bis du CGI, les sociétés de fait subissent le même régime d'imposition que les sociétés en participation. Le terme de sociétés de fait concerne, selon la terminologie de la jurisprudence, mais aussi de l'administration fiscale, les sociétés créées de fait[1109]. Il convient toutefois de ne pas confondre les sociétés en participation et les sociétés créées de

[1109] Memento Pratique Francis Lefebvre *Fiscal*, 2013 n°37845.

fait avec les sociétés de fait[1110]. « *Si la société en participation et la société créée de fait suivent le même régime fiscal, il n'en est pas de même pour la société de fait, la vraie, qui, en tant que société dissoute, continue à suivre les règles d'imposition qui étaient les siennes avant sa dissolution »*[1111].

316. Il appartient à l'administration, selon la jurisprudence commerciale, de prouver l'existence d'une société en participation[1112] et « *non sa simple apparence* », en vertu de l'article 1010 du CGI. Toutefois, la jurisprudence administrative s'est autrefois contentée de « *l'apparence de constitution de société »*[1113]. La charge de la preuve est maintenant partagée : « *si, en application des dispositions de l'article L.64 du Livre des procédures fiscales, il appartient à l'administration d'apporter la preuve du caractère fictif d'un contrat qu'elle entend contester, le contribuable supporte, en revanche, la charge de prouver, au préalable, l'existence dudit contrat »*[1114]. Le Conseil d'Etat considère que les critères d'existence d'une société en participation sont l'affectio societatis, la mise en commun des apports, et la vocation aux bénéfices, aux économies ou éventuellement aux pertes[1115].

Il peut en « *découler des conséquences importantes sur le plan fiscal, que ce soit au niveau de la détermination du bénéfice, du choix du régime fiscal (option ou non pour l'IS), de l'application ou non de la taxe sur les voitures particulières des sociétés »*[1116]. Cette dernière qui ne concerne que les sociétés et non les entreprises individuelles, n'est pas déductible fiscalement dans le cadre de l'IS, alors qu'elle l'est dans le cadre des bénéfices industriels et commerciaux (BIC).

[1110] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des Sociétés*, 16ème édition Litec, 2003, n°1542 ; voir aussi www.lawpérationnel.com/Dictionnaire_Juridique/societe .

[1111] E. Desmorieux « Société de fait, société en participation et société créée de fait : attention à la distinction », Petites Affiches, 6 janvier 1999, n°4, p.7.

[1112] Cass Com 8 janvier 1991, Joly, 1991, p.330.

[1113] J. Schmidt, « Les aspects fiscaux de la réforme du droit des sociétés par la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 », Revue des Sociétés, 1979, p.17.

[1114] CAA Paris 30 décembre 1998 n°96PA02096, Joly, 1999, p.588, note E. Desmorieux rappelant que « *l'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens* » (à propos d'une convention de croupier assimilée à une société en participation).

[1115] CE 23 novembre 1998 n° de pourvoi 162176, Droit Fiscal, 1999, n°262 ; mais il lui arrive d'admettre l'utilisation de la théorie de l'apparence d'une société créée de fait. Voir F. Durand, *L'apparence en droit fiscal*, LGDJ, 2009, n°361, p.104 :à propos de deux affaires jugées l'une par le Conseil d'Etat, l'autre par la Cour de cassation, *« le raisonnement élaboré par le fisc est toujours le même. Il conduit à déduire l'existence d'une société d'un ensemble d'éléments de faits qui sont censés impliquer sa présence ».*

[1116]A. Chappert, note sous Cass Com 8 janvier 1991, Defrénois, 1993, p. 436 et Cass Com 8 janvier 1991, Joly 1991, p.330 : « *pour l'application de l'article 1010 du CGI à une société créée de fait, l'Administration des impôts doit établir l'existence de cette société, lorsqu'elle est contestée, et non sa simple apparence ».*

317. Lorsque l'existence de la société en participation ou créée de fait est établie, elle emporte des répercussions en terme de représentativité : « *une société créée de fait est une société de personnes qui est valablement représentée par chacun des associés ; un avis de vérification notifié à l'un des associés, lorsqu'il n'a pu l'être à la société elle-même, est opposable à tous les autres* »[1117]. Il s'agit de l'application concrète de la conception sociale du droit fiscal, liée à l'application des principes émanant de la société de personnes.
La situation tend à se compliquer dans le cadre d'une joint-venture. En effet, concernant une livraison d'unités cles en mains à l'étranger, *« les problématiques fiscales de la joint-venture …sont… multiples : en raison des risques économiques, financiers, voire géopolitiques de contrats d'une telle envergure et d'une telle durée*[1118]*, différer la taxation du résultat jusqu'à ce que la joint-venture ait une lisibilité suffisante du résultat de l'opération ; s'assurer de la sécurité et de la nécessité des paiements des commissions d'obtention des contrats »*[1119].

318. Quant à la taxe d'apprentissage, elle a pour objectif la participation de l'employeur au financement des premières formations technologiques et professionnelles[1120]. La société en participation, qui exerce une activité industrielle, commerciale ou artisanale, soumise

[1117] Cass Com 26 mars 2002, Joly, 2002, n°188, p.837, note P. Serlooten : *« la particularité des sociétés de personnes soumises au régime de l'impôt sur le revenu réside dans le fait que l'obligation déclarative repose sur la société alors que l'obligation contributive est personnelle à chacun des associés. La société de personnes est, selon l'image habituellement utilisée, une société semi-transparente. Face à une telle dissociation inhabituelle, le droit fiscal a du, en matière de vérification et de redressement, prévoir des dispositions spécifiques qui n'aboutissent pas à la même solution selon que l'on se situe au moment de la vérification ou à celui du redressement. Dès lors que le bénéfice réalisé par la société est le bénéfice imposé chez les associés, le principe applicable est celui de l'unité de la procédure. La procédure de vérification et de redressement du bénéfice est suivie avec la société de personnes. Il en résulte, en effet de l'article L53 LPF que le seul interlocuteur de l'administration pendant la durée du contrôle ne peut être que la société de personnes, qui réalise le bénéfice imposable et est donc tenue de la déclarer. Cette disposition s'applique également à la procédure de redressement. Puisque la vérification de comptabilité ne peut concerner que la société, c'est à la société que doit être adressé l'avis de vérification (CE 18 mai 1979 n° pourvoi 09540, Droit Fscal,. 1979, n°1831), ou à son dirigeant en cette qualité (CE 19 juin 1991 n° de pourvoi 64176, Droit Fiscal, 1991, n°1961). Les associés n'ont pas à être personnellement avisés du contrôle (CE 1er février 1989 n° de pourvoi 68348 et 68625, Droit Fiscal, 1989, n°831) ».*
[1118] Ce qui implique de pouvoir déterminer en amont un prix qui doit être le plus proche possible de celui constaté lors de la réception de l'usine.
[1119] Y. Desbois, « La fiscalité de la livraison clés en mains à l'étranger en joint venture », Droit Fiscal, 2011, 398. L'auteur rappelle que le Conseil d'Etat (CE 17 mai 1989 Procofrance confirmé par CE 11 juillet 1991 Société française des techniques Lummus) a établi une clef de répartition concernant les coûts de revient pour déterminer le résultat de l'entreprise exploitée en France :

- *« pour 35 % aux contrats onshore, c'est-à-dire dans l'Etat du site de construction*
- *pour 65 % aux contrats offshore, c'est-à-dire dans l'Etat de la société contractante ou dans tout autre Etat où une filiale apparentée, ou membre de la joint-venture est localisée, hors Etat du site de construction ».*

[1120] L'employeur doit s'en acquitter directement sous forme de dépenses libératoires (dépenses d'apprentissage en Alsace Moselle) ou, à défaut, par un versement au Trésor. La base de calcul est alignée sur celle des cotisations de Sécurité Sociale ; le taux est de 0,5 % (0,26 % en Alsace Moselle).

totalement ou partiellement à l'IS[1121], est de fait imposée à la taxe d'apprentissage[1122]. Il en est de même pour la taxe à la formation professionnelle continue[1123]. Sont assujettis à cette taxe, « *tous les employeurs établis ou domiciliés en France, quels que soient l'activité exercée, la forme juridique de l'exploitation et le régime d'imposition* »[1124]. Concernant la participation des employeurs à l'effort de construction[1125], les employeurs sont en outre « *soumis à l'obligation d'investir dans la construction de logements, à titre de participation à l'effort de construction connue sous le nom de 1% logement* »[1126]. Or, l'obligation repose sur la mise en œuvre d'un investissement et « *l'investissement peut être réalisé soit par la société en participation elle-même, soit pas chacun des associés dans la proportion de ses droits dans la société, à condition d'être soumis à titre individuel à la participation* » [1127].

319. Nous étudierons la notion de bilan fiscal qui met en évidence la fiscalisation de ses résultats. L'élaboration de ce bilan entraîne aussi la constatation de l'existence de créances ou de dettes fiscales, à savoir l'imposition des revenus distribués, puis la taxe sur la valeur ajoutée, et enfin la contribution économique territoriale.

320. La détermination du BIC repose sur le résultat comptable. Selon l'article 38.1 du CGI, « *le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation* ». Cette définition implique de déterminer au préalable le bénéfice net.

Selon ce même article, « *le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à*

[1121] L'assujettissement de principe des sociétés et personnes morales repose sur l'imposition à l'IS.

[1122] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°296.

[1123] Les employeurs sont assujettis à la formation professionnelle continue, quel que soit leur effectif. Lorsque les dépenses consacrées à la formation dépassent le montant obligatoire, les employeurs bénéficient, sous certaines conditions, d'un crédit d'impôt. Les employeurs sont taxés selon les propositions suivantes :

- moins de dix salariés sont taxés à hauteur de 0,15 % des rémunérations versées pendant l'année civile en cours en cas de contrats et de périodes de professionnalisation ; à ce taux, se rajoute celui de 0,40 % en cas de plan de formation ;
- de dix à moins de vingt salariés de 1,05 % ;
- à partir de vingt salariés : 1,20 %.

A ces différents taux, s'ajoutent 1% des rémunérations versées en contrat à durée déterminée.

[1124] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal*, 2013, n°73865.

[1125] La cotisation est calculée sur le montant des rémunérations qu'ils ont payées au cours de l'année précédente.

[1126] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal*, 2013, n°74300 ; en sont exonérées les entreprises de moins de vingt salariés (équivalent temps plein).

[1127] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°298.

l'impôt, diminuée des suppléments d'apports et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. Il définit en outre l'actif net. Il *« s'entend par l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiées »*[1128]. Au résultat comptable, il convient d'ajouter les réintégrations et d'enlever les déductions. Les réintégrations englobent les « charges et pertes » comptabilisées mais non déductibles sur le plan fiscal, les produits dont l'imposition a été différée précédemment et qui deviennent imposables au cours de l'exercice, les résultats des cessions (certaines moins-values) déjà pris en compte par la comptabilité mais qui relèvent d'un autre régime d'imposition ; leur influence sur le résultat doit être éliminée pour dégager le résultat fiscal soumis au régime des BIC. Les déductions comprennent les profits non imposables fiscalement au cours de l'exercice. Ces profits sont imposés plus tard ou sont soumis à un autre régime fiscal. Elle comprennent aussi les produits définitivement exonérés d'impôts ou non imposables et les charges réintégrées au cours des exercices précédents et devenues déductibles lors de l'exercice. Ce résultat fiscal est ensuite intégré au résultat global du foyer fiscal dans le cadre de l'IR. Le résultat fiscal calculé dans le cadre de l'IS repose sur les mêmes règles. Il subit par la suite le taux d'imposition, en principe, de 33,33%.

321. Dans le cadre d'une imposition aux BIC, les associés qui exercent une activité professionnelle au sein de la société en participation peuvent déduire les intérêts des emprunts contractés pour financer l'acquisition des droits dans la participation[1129]. Néanmoins, « *si, en principe, tout membre d'une société en participation assujettie à l'impôt dans la catégorie des BIC, BA, BNC, doit être présumé y exercer une telle activité, fût-ce sans la révéler aux tiers, il en va différemment lorsqu'une autre personne que l'intéressé est désignée pour gérer la société »*[1130]. Dans cette condition, il n'est pas chef de file, et « *dans ce cas, il ne peut être considéré comme exerçant personnellement l'activité mise en société que si sa participation à*

[1128] Article 38.1 du CGI.

[1129] Dans le cadre des SEL, cette déductibilité est remise en cause car l'administration fiscale estime que « *les titres d'actifs de ce type de société ne peuvent pas être reconnus comme des éléments d'actifs professionnels mais plutôt comme faisant partie du patrimoine privé des associés. Néanmoins, la loi Murcef du 11 décembre 2001 offre la possibilité de constituer des sociétés de participation financière de professions libérales (SPFPL) qui permettent de devnir indirectement associé d'une SEL. Ainsi, la création d'une holding peut permettre une déduction des intérêts pour financer l'acquisition des titres de participation »*, G. Picovschi, « Avantages fiscaux des Sociétés d'Exercice Libéral (SEL), www.avocats.picovischi.com..

[1130] CE 9 juillet 2003 MUEL n° de pourvoi 230116, Joly, 2004, p.107, note J.-C. Parot : « *le Conseil d'Etat confirme la jurisprudence des cours administratives d'appel sur la question en litige (CAA Nancy 9 novembre 2000* [n°96NC02362], *CAA Bordeaux 31 décembre 2002 n°00-148, Droit Fiscal, 2003, n°414, CAA Lyon 18 mai 1998 n°95-21372, Droit des Sociétés, 1999, n°21».*

cette activité est établie »[1131]. Il résulte de cette jurisprudence que seul le chef de file ou les co-chefs de file peuvent bénéficier de ce droit à déduction.

Enfin, une société en participation, comme tout contribuable imposé aux BIC, peut « *bénéficier des avantages liés à l'adhésion à un centre de gestion ou une association agréés à condition que la société y ait adhéré* »[1132].

322. Rappelons que la société en participation doit être révélée à l'administration fiscale. A défaut, « *les bénéfices réalisés par cette société en participation occulte doivent être imposés au nom de l'associé ou du gérant connu du tiers »*[1133].

Selon l'article 239 quater du CGI, les associés sont taxés sur leurs parts de bénéfices, même si ces derniers n'ont pas été intégralement distribués[1134]. La part de bénéfices sociaux est réputée acquise « *dès la clôture de chaque exercice* »[1135]. Ces bénéfices sont ainsi réputés attribués[1136]. En contrepartie, le déficit tiré de l'activité sociale s'impute sur leur revenu global… Les associés étant considérés comme des entrepreneurs, leur rémunération[1137], au regard de l'IR, n'est pas considérée comme un salaire, mais comme un bénéfice distribué, en quelque sorte par anticipation[1138]. En tant que tel il est analysé en charge non déductible. Les bénéfices sont imposables entre les mains de chaque associé selon son régime propre : IR

[1131] Idem.

[1132] CE 26 mai 2009 n° de pourvoi 298551.

[1133] CE 29 janvier 2003 SA Trois Suisses, Joly, 2003, n°149 p.697 note E. Desmorieux à propos d'une société en participation créée entre la SNC Cidal et la SA Trois Suisses France : « *pour pouvoir bénéficier de la translucidité fiscale, c'est à dire pour que le résultat fiscal de la société en participation soit imposé entre les mains des associés comme s'il s'agissait d'une SNC ou d'une société civile, l'existence de la société en participation ne doit pas seulement être révélée à l'administration fiscale, mais l'identité des associés doit aussi lui être indiquée sinon la quote-part de résultat fiscal de la société en participation revenant aux associés inconnus du fisc sera soumise à l'impôt sur les sociétés entre les mains de la société en participation* ». Cet arrêt du Conseil d'Etat a été rendu sur pourvoi de la CAA Douai 27 février 2001 n°98DA00362 RJF 2001 n°1103, qui constate, à propos de cette affaire que « *le principal objet d'une société en participation non dévoilée à l'administration fiscale avait pour but de réaliser une intégration fiscale de fait* ».

[1134] Encore faut-il que la répartition des bénéfices ou des déficits soit cohérente et n'ait pas pour but un quelconque abus de droit. Dans ce dernier cas, l'administration fiscale serait en droit de la contester sous l'angle de l'acte anormal de gestion. Voir http://www.laportedudroit.com.

[1135] Instruction du 8 novembre 1999 de la DGI relative aux sociétés de personnes et assimilées, JCP, Ed. E., 1999, 1980.

[1136] CE 6 novembre 1991 n° de pourvoi 112453, Droit Fiscal, 1992, n°4.

[1137] Les associés peuvent prévoir dans les statuts la rémunération de la gérance. Elle est arrêtée en assemblée générale ordinaire. Si le gérant décide de ne pas encaisser l'intégralité des sommes perçues, sa décision n'est ni un abandon de créance, ni un acte anormal de gestion : voir CAA Nancy 31 décembre 1997 n°94NC00206, Joly, 1998, p.571 : le gérant était en l'occurrence la SARL Alsace Havas Publicité.

[1138] CE 20 mai 1985 n° de pourvoi 46421 et 47539, Droit Fiscal, 1986, n°635 concernant une société créée de fait. Cette décision rappelle l'application de la transparence fiscale et, par ricochet, la non-déductibilité des rémunérations. Mais il est nécessaire que l'administration fiscale prouve au préalable l'existence de la société en participation.

pour les personnes physiques[1139], IS pour les personnes morales soumises à l'IS, essentiellement les sociétés de capitaux. L'originalité des sociétés en participation repose sur le choix qui est donné aux associés, de leur mode d'imposition.

Le « gérant » de la société en participation fournit à l'administration fiscale corrélativement à la déclaration des résultats :

- *« les noms, prénoms, professions et domiciles des associés gérants et des coparticipants ».* Les noms et adresses des participants d'une société en participation sont considérés comme étant communiqués à l'administration fiscale dès lors qu'ils figurent dans l'acte constitutif de la société, présenté à l'enregistrement[1140] *;*
- *« la part des bénéfices de l'exercice ou des exercices clos au cours de l'année précédente revenant à chaque associé gérant ou coparticipant »* [1141], en application de l'article 48, 2 de l'annexe III du CGI.

L'inobservation entraîne l'assujettissement obligatoire à l'IS de tout ou partie du bénéfice de la participation.

1° La production du bilan fiscal

323. L'établissement du bilan fiscal repose sur l'inscription des biens à l'actif et les provisions pour risque et charges[1142] ainsi que les dettes au passif du bilan de la société en participation, c'est-à-dire ceux que les associés ont choisis d'intégrer fiscalement à la société, mais aussi les biens dont la propriété est commune aux participants. De plus, si l'activité de la société est rentable, elle pourra acquérir des biens. Ces biens réputés indivis figurent eux aussi à l'actif fiscal. « *La date d'effet du contrat de société constitue la date de mise en commun du matériel*

[1139] Avec toutes les conséquences que cela entraîne au regard de la fiscalité du foyer fiscal, y compris la déductibilité des intérêts des emprunts souscrits en vue de financer l'acquisition des droits sociaux. Néanmoins, il faudra, pour ce faire, que l'associé exerce « *une activité professionnelle au sein de cette société* », selon CE 9 juillet 2003 n° de pourvoi 230116 et http://www.rajf.org.

[1140] M.-C. Bergerès, M. Guichard et W. Stemmer, « La société en participation et la TVA », Les Petites Affiches, 19 juillet 2004, citant CE 6 novembre 1968 n° de pourvoi 72233.

[1141] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°248.

[1142] CE 5 septembre 2008 SNC Vivier : « *même si elle n'a pas la personnalité morale, le résultat fiscal d'une société en participation doit être déterminé en prenant tous les éléments susceptibles d'affecter le bénéfice social ; dès lors, il incombe à cette société d'inscrire dans ses comptes, et non aux sociétés associées dans les leurs, une provision destinée à faire face au risque né d'un litige avec une autre société* ».

et de la clientèle afférents à l'activité professionnelle exercée auparavant à titre individuel »[1143].

L'inscription d'un bien à l'actif fiscal est une décision de gestion. « *L'inscription des biens des associés à l'actif du bilan de la société en participation est un acte de gestion purement fiscal que le droit fiscal traite comme un apport à une personne qui serait dotée de la personnalité morale, même si, civilement, elle ne l'est pas »*[1144]. Il faut néanmoins que ces apports n'aient pas été effectués dans un objectif d'abus de droit[1145].

324. L'une des conséquences de cette inscription porte sur les amortissements . Seuls les biens intégrés à ce patrimoine fiscal peuvent être amortis par la société en participation. Cette dernière, bien que non réellement propriétaire, va pouvoir déduire fiscalement les dotations aux amortissements. En l'absence d'inscription des biens à l'actif fiscal, « *seuls des résultats hors amortissements de la société en participation peuvent être incorporés aux résultats des sociétés membres au prorata des droits détenus par ces dernières* »[1146]. Les associés sont alors considérés comme les exploitants des matériels[1147].

325. La deuxième conséquence porte sur l'établissement de la plus-value. L'inscription du bien détermine la personne fiscale qui supporte la moins-value ou la plus-value[1148]. Elle est évaluée en faisant la différence entre le prix de cession et la valeur comptable du bien cédé. Cette valeur comptable correspond au coût d'acquisition net des amortissements pratiqués sur l'immobilisation.

326. La troisième conséquence porte sur l'application des régimes de faveur. Dès lors que la société en participation respecte les conditions de fond ou de forme de mise en oeuvre de ces régimes, elle peut en bénéficier. Il en est ainsi du régime de faveur des entreprises nouvelles[1149]…

[1143] CAA Paris 18 avril 1997 n°96PA0021, Joly, 1997, p.917.

[1144] Commissaire du Gouvernement O. Fouquet CE 18 novembre 1991 n° de pourvoi 92600, RJF, 1/92, p.8

[1145]H. Pisani sous CE 10 mai 1993 n° de pourvoi 95128, Joly, 1993, p.799 : une société mère avait créé une société en participation avec l'une de ses filiales ; cette société n'avait aucune activité réelle, mais n'avait « *pour seul objet que la mise en commun des bénéfices ou des pertes provenant des activités commerciales des deux sociétés participatives, de sorte qu'elle doit être considérée comme fictive* ».

[1146] CE 27 janvier 1986 Les porcelaines de Limoges Castel RJF 3/86 n°256 conclusions O. Fouquet, Joly, 1986, p.255.

[1147] CE 13 juillet 1979 n° de pourvoi 05763, RJF, 10/1979, n°567 conclusions M. Laprade, JCP, Ed. E., 1979 panorama 8117.

[1148] Réponse Ministérielle, Revue des Sociétés, 1990, p.161.

[1149] CE 27 juillet 2001 n° de pourvoi 211313, Joly, 2002, p.120 a contrario, note de C. Nouel.

327. La quatrième conséquence est la séparation entre le patrimoine fiscal du « gérant » et celui de la société en participation. Cette séparation permet d'éviter le risque de double imposition[1150].

2° Les créances ou dettes fiscales

328. Le bilan fiscal permet d'évaluer les dettes de la société en participation à l'égard de l'administration fiscale, tant au regard des impôts directs que de l'impôt indirect emblématique par excellence, la TVA.

a) Les impôts directs

Deux situations méritent une étude particulière au regard de la société en participation : l'imposition des revenus distribués et la contribution économique territoriale.

α) L'imposition des revenus distribués

329. Cette imposition, dans le cadre d'une société en participation non révélée, relève du suicide fiscal. L'article 108 du CGI dispose que ces distributions sont imposables dans la catégorie des revenus mobiliers. En vertu de l'article 117 du CGI, l'administration fiscale peut « *exiger de ces sociétés qu'elles lui désignent les bénéficiaires des distributions* »[1151]. Si le « gérant » n'obtempère pas, ces revenus distribués à des personnes anonymes sont soumis à une pénalité fiscale de 100 % des sommes distribuées[1152].

[1150] Cass Civ 2ème 17 janvier 2007 n° de pourvoi 05-13018 : « *il ressort des déclarations fiscales de M.X. pour les années 1992 à 1995 qu'il a perçu des revenus salariaux importants, l'arrêt précise que s'il n'est pas soumis à l'impôt de solidarité sur la fortune, c'est par le fait que le patrimoine immobilier qu'il gère ne lui appartient pas personnellement, mais constitue néanmoins les actifs des sociétés…* ». Il s'agit d'une jurisprudence rendue dans le cadre de sociétés en nom collectif mais il nous semble que son application serait identique pour une société en participation.

[1151] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux,* Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°260.

[1152] Article 1759 du CGI qui ajoute que le taux d'amende est ramené à 75 % si la société a fait figurer dans sa décalaration de résultat le montant des sommes en cause. En vertu du principe d'application stricte de la loi fiscale, cette règle ne saurait s'appliquer à une société n'ayant pas opté pour l'IS, notamment à l'encontre des participants anonymes. « *Il s'agit d'une possibilité d'évasion fiscale inattendue* », sauf que l'administration fiscale peut mettre en œuvre la procédure de vérification personnelle du participant par l'administration fiscale, selon les professeurs Jocelyne Vallansan et Eric Desmorieux, idem.

La distribution dans le cadre de l'application de la semi-transparence fiscale ne donne lieu à aucune imposition particulière, car les bénéfices ont été considérés comme intégralement distribués entre les mains des associés.

β) La question de la contribution économique territoriale (CET)

330. La contribution économique territoriale a remplacé la taxe professionnelle par la loi 2009-1673 du 30 décembre 2009. Elle « *frappe les activités professionnelles, sous réserve des exonérations limitativement prévues par la loi* »[1153]. On constate que certains grands principes de la taxe professionnelle se retrouvent intégralement dans la CET.

331. La taxe professionnelle a remplacé en 1975 la patente instituée en 1791. Elle était calculée au départ à la fois sur le capital technique de l'entreprise (valeur locative des immobilisations corporelles[1154]) et sur le capital humain (18% de la masse salariale versée au personnel). Cet impôt qui pénalisait l'investissement et l'embauche s'avérait anti-économique. Aussi, en 1999, le législateur a-t-il décidé qu'elle ne serait plus assise sur la masse salariale. En 2000, la réforme était déjà effective pour 90 % des entreprises. En 2001 et 2002 seules les très grandes entreprises étaient encore imposables en fonction de la masse salariale. A partir de 2003 la taxe professionnelle était calculée pour l'ensemble des entreprises uniquement sur la valeur locative des immobilisations corporelles. A l'égard des petites entreprises dont le chiffre d'affaires annuel TTC n'excèdait pas cent cinquante deux mille euros (entreprises de ventes) ou soixante et un mille euros (prestataires de services), il était fait abstraction de la valeur locative des équipements mobiliers. La base imposable était réduite dans ce cas à la valeur locative des immeubles. La situation de crise a rendu particulièrement urgente la nécessité de réformer cet impôt anti-économique, tout en intégrant les contraintes de financement des collectivités locales, d'où la création de la CET.

[1153] Sous l'empire de la CET (contribution économique territoriale) : Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2012, n°43500. Sous l'empire de la taxe professionnelle : Mémento Francis Lefebvre *Fiscal* 2007 n°3828 et 3832 et suivants ; Mémento Francis Lefebvre, *Fiscal* 2009, n°3825 . « *Il s'agit d'une possibilité d'évasion fiscale inattendue* », sauf que l'administration fiscale peut mettre en œuvre la procédure de vérification personnelle du participant par l'administration fiscale, selon les professeurs Jocelyne Vallansan et Eric Desmorieux, idem.
La formulation est légèrement différente dans le Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2013, n°43520, mais l'esprit est le même.

[1154] La valeur locative intègrait divers éléments :

- ✓ les immeubles et terrains : la valeur locative est celle calculée par l'administration fiscale pour les taxes foncières ;
- ✓ les autres immobilisations : elle correspond à 16 % du prix de revient (biens pris en crédit bail ou appartenant à l'entreprise) ou au montant du loyer pour les biens prix en location.

332. La CET est composée de deux taxes différentes : la cotisation foncière des entreprises (CFE) et la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE). La CFE reprend, pour l'essentiel, la part foncière de l'ancienne taxe professionnelle. La CVAE est égale à une fraction de la valeur ajoutée fiscale produite par l'entreprise. L'activité imposable doit présenter un caractère habituel, être exercée à titre professionnel en France et de façon non salariée.

333. Les sociétés en participation rentrent dans le champ d'application de la taxe. Leur objet social correspond bien souvent à une activité professionnelle, qui plus est, non salariée. Le pragmatisme du droit fiscal permet d'éviter une évasion fiscale préjudiciable à la concurrence. En effet, admettre une non-imposition à la contribution économique territoriale pour les sociétés en participation revient à accepter légalement une concurrence déloyale.
L'article 1447 CGI visait expressément, sous l'empire de la taxe professionnelle, les activités exercées par les personnes physiques ou morales. L'état d'esprit est le même dans le cadre de la nouvelle imposition : « *la contribution économique territoriale est due chaque année par les personnes physiques ou morales qui exercent à titre habituel une activité professionnelle indépendante »*[1155].
Le droit fiscal a déjà mis en place un assujettissement particulier à la taxe professionnelle pour les sociétés non dotées de la personnalité morale, solution reprise à l'identique dans le cadre de la CET[1156]. L'imposition des sociétés créées de fait et des sociétés en participation est libellée au nom du ou des « gérants », ou plutôt des associés connus des tiers, alors qu'en cas d'indivision, elle est due par ceux des membres qui exercent effectivement une profession taxable[1157]. A côté de l'application de principe, que nous envisagerons au préalable, figure un régime dérogatoire pour les membres des professions libérales.

[1155] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2006, n°3830 ; Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2007, n°3828 et 3832 et suivants ; Mémento Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2013, n°43530.
[1156] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal, 2013,* n°43530 à propos de la CFE : « *la cotisation est due par les personnes physiques ou morales ou par les sociétés non dotées de la personnalité morale qui exercent l'activité imposable* » et n°43860 à propos de la CVAE : « *la CVAE est due par les personnes physiques ou morales ainsi que les sociétés non dotées de la personnalité morale qui exercent une activité imposable et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 152500 € ».*
[1157] Mémento Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2013, n°43530.

i) L'application de principe

334. Sachant que la taxe est due par les personnes physiques ou morales exerçant à titre habituel une activité non-salariée, l'imposition pour une société en participation est libellée, comme nous l'avons déjà vu, au nom du ou des associés connus des tiers, selon l'article 310 HP annexe § II du CGI. Ce sont eux qui sont censés avoir exercé l'activité générant l'imposition à la taxe professionnelle. Il est évident que seuls les associés sont mentionnés sur l'avis d'imposition, comme sous l'empire de l'ancienne taxe professionnelle[1158]. C'est la différence fondamentale avec les structures ayant une personnalité morale. Ces dernières, « *même si elles sont fiscalement transparentes, comme les sociétés en nom collectif, sont directement imposables »* [1159]. Dès lors on constate que les sociétés en participation ou créées de fait ne sont pas considérées comme des sociétés . Elles n'ont donc pas, contrairement à l'imposition des bénéfices, une sorte de personnalisation morale ni même simplement fiscale au regard de la contribution économique territoriale. C'est l'activité générée par le contrat, activité prise dans son ensemble, qui est imposée et non la structure.

L'associé connu des tiers est notamment celui se présentant aux tiers comme le représentant de la société. Pour autant les bases d'imposition sont calculées en considérant la participation comme une seule et même entreprise[1160]. Ce mode de calcul révèle une nouvelle fois le pragmatisme fiscal et permet d'éviter une évasion fiscale. Sans cette règle la tolérance administrative de l'exonération de la taxe, sous conditions, pour l'artisan, risque de rendre quasi-systématique la non-imposition des membres du groupement[1161].

Il est permis de constater que certaines des exonérations classiques de la taxe professionnelle concernent un volant important des activités traditionnelles des sociétés en participation ou créées de fait. Tantôt ces exonérations sont permanentes, tantôt transitoires[1162].

Par principe, *« l'ensemble des exonérations de plein droit applicables à la CFE, qu'il s'agisse d'exonérations permanentes ou temporaires, s'applique à la CVAE*[1163] *».*

[1158] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996 n°295 ; voir aussi CAA Versailles 4 mai 2012, société en participation Carré Sénart II.

[1159] P. Serlooten , *Droit fiscal des affaires, traité de droit commercial,* G. Ripert et R. Roblot, tome 3, 4ème édition, LGDJ, 1995, n°887.

[1160] CAA Nantes 13 novembre 1991 SA DELAFOY, RJF, 2/92, n°217.

[1161] P. Serlooten , idem n°992.

[1162] Les exonérations temporaires concernent notamment :
- les exonérations facultatives dépendant de la décision des collectivités territoriales qui sont pour la plupart limitées dans le temps,
- ou les mesures d'aménagement du territoire pour les opérations réalisées jusqu'au 31 décembre 2013 dans les zones d'aide à finalité régionale ou pour les petites et moyennes entreprises dans les zones d'aide à l'investissement des PME.

Outre les réductions[1164], les exonérations permanentes concernent, pour l'essentiel :

- les agriculteurs et certaines coopératives agricoles ;
- les petits artisans travaillant avec les membres de leur famille et des apprentis de moins de vingt ans, avec un simple manœuvre dont le concours est indispensable à l'exercice de la profession ou des handicapés physiques ;
- les coopératives ouvrières de production, les établissements d'enseignement privé ;
- les éditeurs de journaux, publications, périodiques lorsque la partie littéraire, scientifique ou d'information forme le corps même de leurs publications ;
- les sportifs professionnels et artistes (peintres, sculpteurs, graveurs lorsqu'ils peuvent être considérés comme des artistes ne vendant que le produit de leur arts, les auteurs et compositeurs, mais non les concepteurs de logiciels…).

Sous l'ancienne taxe professionnelle, les collectivités territoriales pouvaient exonérer les entreprises de spectacles vivants, théâtres nationaux, autres théâtres fixes, tournées théâtrales, concerts symphoniques, orchestres divers et chorales, cabinets artistiques, théâtres de marionnettes, et sous conditions[1165] les cinémas. Il n'y a aucune raison qui porte à abroger cette possibilité d'exonération facultative à la contribution économique territoriale.

ii) Le régime dérogatoire des membres des professions libérales

335. La taxe professionnelle est établie au nom de chacun des membres d'un groupement d'une profession libérale, exerçant une activité imposable[1166]. « *Le terme groupement ne peut donc viser que les associations en participation ou les sociétés de fait qui n'ont pas la*

1163 Mémento Francis Lefebvre *Fiscal, 2013,* n°43870

1164 Dont le dégrevement de la CVAE qui permet de soumettre effectivement à la cotisation que les entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse cinq cent mille euros, alors que le seuil légal est de cent cinquante deux mille cinq cents euros.

1165 A cent pour cent pour les établissements « art et essai » réalisant moins de cinq mille entrées en moyenne hebdomadaire, à soixante-six pour cent pour les cinémas dans les communes de moins de cent mille habitants et réalisant moins de deux mille entrées en moyenne hebdomadaire, trente-trois pour cent pour les autres.

1166 CAA Lyon 6 avril 1995 n°93LY01361, 93LY01362, 93LY01432, 93LY01433 et 93LY01434, Droit Fiscal, 1995, n°1709, CE 8 octobre 1980 n° de pourvoi 18317, RJF, 12/1980, n°975.

personnalité morale »[1167]. Le but est de faciliter l'exercice des professions libérales sans faire subir aux membres d'un groupement les inconvénients d'une société civile professionnelle ou d'une société civile de moyens. La CET établit une exonération pour les avocats ayant « *suivi le cursus de formation sanctionné par le Capa, pour les deux années suivant celle du début d'exercice de la profession »* [1168].

Il existe aussi une exonération spécifique de taxe professionnelle pour les médecins et auxiliaires médicaux s'installant dans des communes de moins de deux mille habitants lorsqu'ils exercent pour la première fois leur activité à titre libéral. Dans le cadre de la CET, sont exonérées les sages-femmes et gardes-malades *« ne tenant pas de maternité ni de maison de repos ou de soins»* [1169] ainsi que les membres du corps de réserve sanitaire.

Les bases d'imposition sont logiquement déterminées séparément en tenant compte des droits détenus par chacun des membres[1170].

Pour les membres des professions libérales et pour les intermédiaires du commerce (courtiers, commissionnaires, agents d'affaires …), la taxe professionnelle est calculée sur une base représentant à la fois dix pour cent des recettes brutes annuelles, TVA incluse, et sur la valeur locative des immeubles professionnels. Il s'agit d'un régime de pénalisation à l'égard de cette catégorie de contribuables, ainsi taxés sur une double base. Cette pénalisation n'existe plus dans la mesure où les contribuables taxés sont redevables de la CVAE, mais le calcul de cette dernière diffère selon le type d'activité en cause[1171].

336. Cette absence de reconnaissance des sociétés en participation ou créées de fait, dans le cadre de l'ancienne taxe professionnelle puis de la nouvelle contribution économique territoriale, démontre l'absence de légitimation sociale de la société en participation, d'autant que le nombre de sociétés créées par des professions libérales devrait croître en raison des SEL. Il s'agit certes, au regard de la contribution économique territoriale, d'une structure, mais plus exactement d'un groupement, voire d'une quasi-société, en tout état de cause un contrat…

[1167] CAA Lyon 6 avril 1995, JCP, Ed. E., 1995, 737, note DF ; il faut comprendre le terme société de fait comme société créée de fait.
[1168] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2013, n°43555.
[1169] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2013, n°43555.
[1170] J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux,* Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°295.
[1171] Mémento Francis Lefebvre *Fiscal,* 2013, n°43915 à 43966.

b) La taxe à la valeur ajoutée (TVA)

337. Une société en participation constituée par des non-assujettis est exonérée de TVA. Dans ces conditions, elle « *ne peut bénéficier d'aucune déduction sur la TVA payée en amont sur les biens et services nécessaires à la réalisation de ces prestations et doit acquitter la taxe sur les salaires »*[1172].

Mais il en va différemment si ses participants sont assujettis à la TVA. « *Dès lors que le droit national permet à une union de personnes non dotée de la personnalité juridique d'accomplir des activités économiques soumises à la TVA, en vertu de l'article 4 de la sixième directive, elle peut, d'un point de vue organique, être qualifiée d'assujetti à la taxe, comme toute autre personne disposant de la personnalité juridique »*[1173]. Cette affirmation emporte deux conséquences. Elle suppose que la société en participation établisse des factures en son nom, donc qu'elle soit ostensible ; en outre, le « gérant » doit mettre en place soit un secteur distinct d'activité, soit une comptabilité propre à la société en participation, au regard de sa comptabilité personnelle. Elle implique aussi que le « gérant » établisse des déclarations au nom de la société en participation.

338. Qu'en est-il en pratique d'une société en participation créée par des participants assujettis à la TVA ? Bien évidémment, elle bénéfice des exonérations applicables aux participants pris séparément[1174]. Il est acquis que les membres d'un groupe, dans certaines

---

[1172] D. Gaveau, « la société en participation », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, Editions techniques, 1994, n°16, p.13. Quant à la taxe d'apprentissage, elle est due en principe par les employeurs. Néanmoins, les employeurs redevables de la TVA bénéficient d'une exonération totale ou partielle de ladite taxe.

[1173] M.-C. Bergerès, M. Guichard et W. Stemmer, « La société en participation et la TVA », Les Petites Affiches, 19 juillet 2004, citant les conclusions de l'avocat général Georges Cosmas du 20 mai 1999, affaire Heerma.

[1174] CAA Nantes 12 mars 2003 n°98NT02361 à propos d'une mise à disposition à son personnel par un hôtelier de chambres meublées. En l'occurrence, « *considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment de la copie de déclaration de TVA du mois de décembre 1995, versée au dossier par le ministre, que cette déclaration a été souscrite au nom de la société en participation du Gran Paradiso ; que si ladite déclaration a été établie par la SARL «* Société de Gestion du Gran Paradiso *», celle-ci a par ailleurs indiqué dans la déclaration du résultat de son exercice clos le 31 décembre 1995 exercer l'activité de « gérante d'une société en participation » constituée pour l'exploitation hôtelière, n'a ainsi agi qu'en sa qualité de gérant de la société en participation, qu'il ressort également de l'avenant en date du 12 décembre 1994 portant modification rétroactive au 15 septembre 1994 du bail commercial consenti le 28 janvier 1994 par la SNC «* Hôtel Gran Paradiso *», précédent propriétaire des chambres meublées ayant fait l'objet dudit bail, que les chambres dont il s'agit ont été données en location à la société en participation du Gran Paradiso, laquelle était initialement représentée à l'acte par la société Fiducial Conseil, signataire du contrat de bail en sa qualité de gérant de la société en participation, puis, à la suite de la substitution de la SARL «* Société de Gestion du Gran Paradiso *» dans cette fonction à la date précitée du 15 septembre 1994, par cette dernière, qui a ainsi signé l'avenant susmentionné comme gérant de la société en participation du Gran Paradiso ; que, dans ces conditions, la location par bail commercial des chambres meublées dont il s'agit n'a pas, contrairement à ce que soutient le ministre, été consentie à la SARL « Société de*

législations étrangères, dont celle du Royaume-Uni, ne sont pas soumis à la TVA, en application des règles intra-groupe, ou « Organschaft ». « *Le groupe bénéficie ainsi de la neutralité fiscale* »[1175]. Il n'en est pas de même en France pour les opérations internes[1176]. Néanmoins, les sociétés en participation bénéficient d'un régime dérogatoire : *« selon une doctrine administrative traditionnelle, les opérations juridiques internes réalisées par les membres d'une société en participation ne constituent pas des opérations imposables à la TVA »*[1177]. Mais la société en participation est ici intrinséquement liée à la personnalité de chacun des participants. « *En raison du particularisme de sa situation, la société en participation doit être constituée en secteur distinct d'activité »*[1178]. Les joint-ventures peuvent profiter de cette disposition. Il en résulte des conséquences en matière de TVA déductible. Il faut toutefois que la société en participation soit déclarée ou enregistrée au préalable auprès des services fiscaux. En l'absence de déclaration, le régime de la non-imposition à la TVA des cessions internes à l'occasion de la constitution d'une société en partitipation, n'a pas vocation à s'appliquer[1179]. En outre, « *il convient de vérifier s'il y a bien absence d'une clause limitant la participation aux pertes »*[1180]. Dans ces conditions, il n'y a pas société en participation. « *Le non partage des risques entraîne par le fisc une taxation aux apports,* [de droit commun], *à un taux de 19,6 % puisqu'il remet en cause l'existence de la société en participation »*[1181].

Gestion du Gran Paradiso » mais à la société en participation qui, exploitant de l'hôtel sis dans le même immeuble, utilisait lesdites chambres pour le logement de son personnel ». La location n'est pas en l'espèce soumise à la TVA.

[1175] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2001-2002*, 25ème édition, Litec Fiscal, septembre 2001, n°1489 ; M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°1233

[1176] M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprsises 2012-2013*, 36ème édition, LexisNexis, septembre 2012.

[1177] M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013*, 36ème édition, LexisNexis, septembre 2012 n°955. Voir aussi Mémento Francis Lefebvre *Fiscal, 2013,* n°47325 : « *les mouvements internes aux sociétés en participation (…) ou aux sociétés de fait ne constituent pas des opérations imposables à la TVA. Tel est le cas des règlements relatifs à la répartition des dépenses sous réserve que cette répartition s'effectue exactement et porte sur de véritables dépenses (à l'exclusion donc des charges n'ayant pas ce caractère, comme les amortissements, provisions, etc.). Ne sont, bien entendu, pas imposables les règlements relatifs à la répartition des bénéfices (ou des pertes) ».*

[1178] M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010 n°955. Voir aussi Mémento Francis Lefebvre *Fiscal 2013* n°47325 : « *les droits à déduction afférents aux biens utilisés pour les besoins de l'exploitation en société de fait ou en société en participation sont exercés dans le cadre de ces sociétés (l'administration considérant qu'elles constituent un «* secteur distinct » *quelle que soit la durée du contrat de société) ».*

[1179] CAA Paris 30 décembre 1998 n°96PA02096, Joly, 1999, p.558 à propos d'une convention de croupier mise en place pour le financement du film « Twist again in Moscou », note E. Desmorieux.

[1180] O. Delsalle, « le contrat de coproduction », http://194.250.166.236/TISSANIEJL/1acte/Ctcoprod.htm, controleurssaf.

[1181] Ibidem.

339. Depuis le 1er janvier 2008, les règles en matière de TVA déductible sont modifiées[1182]. Elle correspond au produit de la TVA acquittée en amont et du coefficient de déduction. Ce dernier est la multiplication du coefficient d'assujettissement, du coefficient de taxation et du coefficient d'admission. Le coefficcient d'assujettissement intègre la proportion d'utilisation d'un bien ou d'un service pour la réalisation d'opérations imposables[1183]. Le coefficient de taxation détermine, au sein des opérations imposables, la part de la taxe grevant un bien ou un service pour la réalisation d'opérations ouvrant droit à déduction. Enfin, le coefficient d'admission tient compte de l'existence de dispositifs d'exclusion ou de restriction du droit à déduction[1184].

Nous envisagerons l'applicabilité de la TVA puis le secteur distinct d'activité généré par la société en participation.

α) L'applicabilité de la TVA

340. L'article 4 de la 6ème directive du 17 mai 1977, véritable « bible » en matière d'harmonisation fiscale, prévoit que « *chaque Etat membre a la faculté de considérer comme un seul assujetti les personnes établies à l'intérieur du pays qui sont indépendantes du point de vue juridique mais qui sont étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation* ». Face à cette disposition la doctrine administrative considère que les « *opérations internes réalisées par les membres d'une société en participation ne constituent pas des opérations imposables à la TVA* »[1185]. Ceci implique

[1182] Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2008, n°4901 : « *le décret du 16 avril 2007 abandonne l'approche fondée sur la qualité d'assujetti et sur la nature du bien, au profit d'une approche centrée sur les opérations économiques. Les nouvelles règles intègrent en outre la jurisprudence Socofrein du Conseil d'Etat (CE 21 février 1979 Socofrein, RFA, 1979, n°213) qui conduit pour les redevables partiels, à étendre aux immobilisations corporelles le principe de l'affectation partielle, jusque-là applicable uniquement aux autres biens et services.* L'assujetti partiel effectue des opérations entrant dans le champ de la TVA et d'autres n'y entrant pas ; le redevable partiel n'effectue que des opérations entrant dans le champ de la TVA mais certaines sont exclues du droit à déduction.

[1183] La difficulté peut porter dans certains cas sur les opérations accessoires. Y. Desbois, « La fiscalité de la livraison d'unités clés en mains à l'étranger en joint venture », Droit Fiscal, 2011, 398 : « *Avant l'arrêt NCC Construction Danmark A/S rendu en 2009 par la CJCE, pour qu'une opération puisse être considérée comme accessoire, elle devait remplir cumulativement deux critères : l'activité devait constituer le prolongement direct, permanent et nécessaire de l'activité de construction et l'utilisation des biens et services pour cette activité devait être importante. Par cet arrêt la Cour ne retient que le premier critère : il n'y a pas lieu d'apprévier la quantité d'utilisation de biens et services pour laquelle la TVA est due pour qualifier une opération d'accessoire, dès lors qu'elle est le prolongement direct, permanent et nécessaire de l'activité de construction* ».

[1184] Décret n°2007-566 du 16 avril 2007 ; Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2011, n°4920 et suivants.

[1185] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2001-2002*, 25ème édition, Litec Fiscal, septembre 2001, n°1489 ; M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005,

l'absence de création de bénéfices ou de pertes entre les participants, donc l'absence de valeur ajoutée[1186]. Il en est ainsi des « *répartitions des dépenses, bénéfices et pertes* »[1187].

« Au regard de la TVA, les opérations réalisées par les participants entre eux ne sont pas imposables à condition que ces opérations soient effectuées dans le cadre même du contrat de société et qu'elles soient conformes aux conventions intervenues entre les parties »[1188]. Quant à la répartition des bénéfices ou des pertes, elle échappe, par application des règles de droit commun relatives aux dividendes, à l'assujettissement à la TVA[1189]. Ce non-assujettissement des pertes entraîne celle de la répartition des dépenses. Pour certains auteurs, « *une telle solution semble cependant aller au-delà de la reconnaissance d'une personnalité fiscale à la société en participation puisqu'il est même fait abstraction de la personnalité fiscale des associés lorsque les opérations sont effectuées dans le cadre du contrat de société »*[1190].

Pour les opérations réalisées entre associés, hors contrat de société, ou celles effectuées avec des tiers[1191], les règles d'assujettissement à la TVA s'imposent, y comprises celles relatives aux exonérations, à la franchise de base, aux droits d'option… pour le paiement à la TVA. Les opérations imposables à la TVA effectuées dans le cadre d'une société en participation sont à déclarer par le « gérant ».

Ainsi, *« la création d'une société en participation entre les sociétés d'un groupe permet de faire échapper certaines opérations à la TVA »*[1192]. Cette situation a des conséquences pour la fiscalité propre de chacun des participants. En effet, *« cet avantage peut être contrebalancé par la nécessité de créer au sein de chaque société un secteur distinct d'activité et peut également être limité par le risque d'abus de droit »*[1193].

---

n°1233 et 1467 ; M. Cozian, Florence Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010 n°955.

1186 CE 24 février 1988 n° de pourvoi 76603, RJF, 4/88, n°419.

1187 D. Gaveau « Lla société en participation », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, Editions techniques, 1994, n°16 p.13.

1188 Doctrine Administrative, Documentation de base 3A-1151, n°116 du 20 octobre 1999.

1189 CJCE 20 juin 1991 Polysar Investments Netherlands BV, Rec.CJCE, 1991, p.I-3111 et CJCE Sofitam SA 22 juin 1993,, Rec. CJCE, 1993, p.I-03513.

1190 M.-C. Bergerès, M. Guichard et W. Stemmer, « La société en participation et la TVA », Les Petites Affiches, 19 juillet 2004.

1191 CE 8 juillet 1985 n° de pourvoi 40.016, 40.017 et 40.018, Droit Fiscal, 1986, n°563 : cette décision est relative à la preuve par l'administration fiscale de l'existence d'une société créée de fait entre trois frères exerçant une activité de charpentier et à l'assujettissement à la TVA des opérations effectuées dans le cadre de la société avec notamment tenue d'une seule comptabilité.

1192 J. Vallansan et E. Desmorieux, *Sociétés en participation et sociétés créées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996, n°275.

1193 Ibidem

β) Le secteur distinct d'activité

341. La société en participation est considérée comme « *un secteur distinct d'activité des activités propres de ces membres* »[1194]. Les participants sont alors des assujettis partiels. Selon, l'article 213 de l'annexe II du CGI : « *lorsqu'un assujetti a des secteurs d'activité qui ne sont pas soumis à des dispositions identiques au regard de la TVA, ces secteurs font l'objet de comptes distincts pour l'application du droit à déduction* ». En principe, pour qu'il y ait secteurs distincts, il faut des activités distinctes, impliquant des investissements et un personnel propres, faisant l'objet d'une comptabilité séparée ou, à défaut, autonome.

Dans chaque secteur d'activité, dans le cadre de l'affectation à un secteur distinct, le prorata est de 0% (secteur exonéré) ou de 100%. Néanmoins, certains biens et services peuvent être communs à l'ensemble des secteurs ; en conséquence, l'entreprise doit appliquer les règles de l'affectation puis du coefficient de déduction[1195].

[1194] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2001-2002*, 25ème édition, Litec Fiscal, septembre 2001, n°1489 ; M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°1233 et 1467 ; M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013*, 36ème édition, LexisNexis, septembre 2012, n°1254.
Voir aussi la réponse ministérielle du 21 novembre 1979, JO, débats du Sénat, 21 novembre 1979, p.413 : « *pour l'exercice du droit à déduction de la TVA, les sociétés de fait constituent, de même pour les sociétés en participation, un secteur d'activité distinct au sens de l'article 213 de l'Annexe II du Code Général des Impôts. La taxe afférente aux biens utilisés pour les besoins de l'exploitation en société de fait est portée en déduction sur les déclarations souscrites au nom de la société, qu'il s'agisse de biens propres à chaque exploitant ou de biens indivis, mais sous réserve des exclusions ou limitations de droit commun, et, notamment de l'application éventuelle d'un pourcentage de déduction particulier au secteur* ».

[1195] Avant le 1er janvier 2008, il s'agissait du prorata. Comme pour toute société, cette règle concernait les biens et services communs à l'ensemble des secteurs. les immobilisations étaient présumées communes à toute l'entreprise, ce qui rendait impossible l'application de l'affectation. Le prorata était le rapport qui existait entre le montant des recettes ouvrant droit à déduction et le chiffre d'affaires de l'année. Le pourcentage était arrondi à l'unité supérieure.

En cours d'année, les entreprises avaient le choix entre deux méthodes :

- soit calculer un prorata prévisionnel en fonction des opérations prévues ;
- soit utiliser un prorata provisoire en fonction des opérations réalisées pendant l'année antérieure.

L'application du prorata impliquait des régularisations en cas de variation du prorata tenant au calcul du prorata définitif. Il convenait d'effectuer une déduction supplémentaire ou un reversement, en cas de différence entre le prorata provisoire et le prorata définitif. Un problème pouvait se poser sur les immobilisations, et plus exactement sur leur valeur nette comptable, dans la mesure où la dotation annuelle aux amortissements avait été constatée avant l'établissement du prorata définitif :

- tant que la variation ne dépassait pas cinq points, il n'y avait pas à modifier la valeur nette comptable. Les compléments de déduction ou de reversements étaient directement comptabilisés au compte de résultat ;
- lorsque la variation était de plus cinq points, la valeur nette comptable devait être corrigée et les amortissements calculés sur la base rectifiée.

.

i) La règle de l'affectation

342. La règle de l'affectation[1196] est relative aux biens et services propres à chaque secteur. Elle n'est applicable qu'aux services et aux stocks. En conséquence, les biens et services concourant exclusivement à la réalisation d'opérations soumises à la TVA, peuvent faire bénéficier la société en participation de la TVA déductible. Les biens et services ne concourant pas à la réalisation d'opérations soumises à la TVA, la TVA en amont n'est pas déductible, car le coefficient de d'assujettissement est égal à zéro. Pour les biens et services concourant à la réalisation d'opérations soumises à la TVA et d'autres non, la TVA n'est déductible que dans la limite du coefficient de déduction. L'administration peut autoriser les entreprises qui éprouvent des difficultés, à appliquer un système de coefficient unique. Cette technique se révèle plus commode.

ii) Le coefficient de déduction

343. Il dépend de trois coefficients dont deux apparaissent particulièrement importants dans le cadre de l'assujetti partiel : le coefficient d'assujettissement et le coefficient de taxation, le troisième[1197] n'ayant pas de particularité spécifique. Pour le coefficient d'assujettissement, le redevable doit déterminer, sous sa responsabilité, la proportion d'opérations imposables. Il s'agit de la part de l'utilisation d'un bien dans le cadre d'opérations imposables ; par simplification, il peut utiliser un coefficient unique en retenant l'ensemble des biens et services utilisés[1198]. Quant au coefficient de taxation, le redevable va pouvoir utiliser le coefficient de taxation forfaitaire. Il intégre de façon forfaitaire le fait qu'un bien ou un

---

La régularisation, tenant aux variations ultérieures du prorata dans le temps, ne jouait qu'à l'égard des immobilisations et uniquement si la variation de prorata dépassait dix points. Pour des raisons de simplification, les valeurs nettes comptables n'étaient pas remises en cause. Les régularisations n'affectaient que le compte de résultat :

- pour les biens meubles (matériel, agencements, machines…) : la régularisation était imposée si le prorata variait de plus de dix points au cours des quatre années suivant celle de leur acquisition. La régularisation se faisait par cinquième.
- pour les immeubles bâtis : le délai était porté à neuf ans ou dix-neuf ans, pour les immeubles livrés, apportés ou acquis à compter du 1er janvier 1996, et la régularisation se faisait par dixième.

Il est évident que l'application des ces régularisations impliquait au préalable l'inscription des immobilisations à l'actif fiscal de la société en participation.

[1196] C'est en principe une règle du tout ou rien : 100 % ou 0% de déductibilité de TVA.

[1197] Il s'agit du coefficient d'admission qui prend en compte la réglementation en vigueur qui parfois exclut la déduction de tout ou partie de la taxe de certains biens, par exemple celui concernant le véhicule de tourisme.

[1198] Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2013, n°55520.

service est utilisé concurremment pour la réalisation d'opérations imposables ouvrant droit à déduction et d'opérations imposables n'ouvrant pas droit à déduction[1199]. Il apparaît donc que seul le coefficient d'assujettissement prend en compte la situation d'assujetti partiel.
Il va de soi que l'utilisation du coefficient d'assujettissement est liée à l'intégration du bien dans le bilan fiscal.

Après les spécificités fiscales, il convient d'étudier la comptabilité de l'exécution du contrat, qui, rappellons le, est en contradiction avec les règles fiscales. Point de patrimoine, mais une comptabilité similaire à celle d'une succursale.

§II) La comptabilité de l'exécution du contrat

344. Nous avons déjà constaté que la comptabilité des opérations exercées dans le cadre d'une société en participation est similaire à celle d'une succursale. Cette situation est encore plus évidente dans le cadre des activités nées après la création de la société. C'est pourquoi, nous étudierons la comptabilité des opérations portant sur l'acquisition ou la création de biens et sur la répartion des bénéfices ou des déficits nés de l'aventure en commun. Puis, nous envisagerons la production des documents de synthèse.

1199 Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2013, n°55540 et notamment 55740 : *« le coefficient de taxation est égal au rapport entre :*

- *au numérateur, le montant total du chiffre d'affaires afférent aux opérations ouvrant droit à déduction, y compris les subventions directement liées aux prix de ces opérations ;*
- *au dénominateur, le montant total annuel du chiffre d'affaires afférent aux opérations imposables, y compris les subventions directement liées aux prix de ces opérations. On doit donc retenir ici :*
    - *le chiffre d'affaires correspondant aux opérations ouvrant droit à déduction (qui figure déjà au numérateur ;*
    - *et le chiffre d'affaires correspondant aux opérations n'ouvrant pas droit à déduction (tel est le cas notamment de la plupart des opérations exonérées de TVA en régime antérieur) ».*

Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2008, n°4947 et 2012, n°55745: « *Cette détermination forfaitaire du coefficient de taxation correspond peu ou prou à l'ancien prorata de déduction. Si les modalités de calcul sont assez proches de l'ancien prorata, elles s'en différencient sur quelques points notables.* [Notamment,] *le coefficient de taxation forfaitaire s'applique uniquement lorsqu'il s'agit d'un bien ou d'un service utilisé de façon mixte, c'est-à-dire concurremment pour des opérations imposables ouvrant droit à déduction et pour des opérations imposables n'ouvrant pas droit à déduction ».*

1° La comptabilité des opérations

345. Elle porte sur les évènements de la vie d'une entreprise . D'une part, l'élaboration du compte de résultat permettra de répartir le bénéfice ou le déficit annuel né de l'opération en commun. D'autre part, cette dernière peut nécessiter des investissements supplémentaires par rapport aux « apports » effectués par les participants. La comptabilité des opérations est indispensable pour les participants. Elle servira en effet à établir leur propre comptabilité. En effet, les pertes de la société obérent la situation propres des associés[1200].

a) L'acquisition ou la création de biens dans le cadre d'une société en participation

346. Les biens acquis par emploi ou réemploi de deniers indivis sont réputés indivis pendant la durée de la société en participation. Toutefois, les associés peuvent convenir que l'un d'entre eux est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'ils acquièrent en vue de la réalisation de l'objet social[1201]. La comptabilité va intégrer des comptes transitoires : 188 « liaison gérant », 458 « associé X » et 478 « transit associé X » ; ils servent de comptes relais dans les différentes opérations entre les participants.

α) La propriété apparente

Elle peut être celle du chef de file mais aussi celle d'un associé non chef de file. Il ne s'agit plus ici de constater les « apports », mais de la comptabilisation des acquisitions effectuées au cours de la vie de la société en participation.

[1200] Cass Com 29 janvier 2008, Joly, 2008, n°138 : « ... *représentant le quart de la perte de la société en participation Guenan,e (la SEP Guenange) dans laquelle la SNLTP détenait 25 % du capital…* » *;* Cass Com 12 février 2008, Joly, 2008, n°139, note P. Mousseron : « *cette insuffisance correspondait à la quote-part de la perte provisoire d'une société en participation dans laquelle la société était associée. Cette société en participation avait dégagé une perte provisoire au 31 décembre 1998 mais un résultat finalement bénéficiaire perçu par la société cible après son acquisition* ».

[1201] Article 1872 du Code civil.

i) La propriété apparente du chef de file

347. Lorsque ces biens sont la propriété apparente du chef de file, la part représentative des droits des autres associés est débitée à leur compte courant 458 par le crédit du compte 178 « dettes rattachées à la participation »[1202].

Reprenons l'exemple de la société en participation entre deux vétérinaires. Pour les besoins de la société, un matériel dont le chef de file a la propriété apparente a été acquis, ce dernier ayant un droit de 60 % sur ce matériel. Il est considéré comme ayant acquis l'immobilisation pour le compte de la société en participation. La valeur du bien est de cent kilos euros et il est amorti sur cinq ans, le taux de dotation aux amortissements étant de 20 % par an.
Il ne faut pas oublier que le redevable de la TVA reste en principe la société en participation :

215 matériel	100	
44562 TVA déductible sur immobilisation	19,6	
512 banque		119,6
acquisition du matériel		

Le compte de banque est celui que le chef de file ouvre en son nom qu'il affecte aussi à la société. Si le chef de file utilise pour l'acquisition sa propre trésorerie, il convient dès lors de remplacer le compte 512 par le compte 188 « liaison gérant ».
La TVA est récupérée lors de la déclaration CA3/CA12 ; le compte de banque sera débité à hauteur de la TVA récupérée[1203].
A la fin de l'exercice comptable, les écritures sont d'une part la constatation de l'amortissement du bien en question :

681 dotation aux amortissements	20	
2815 amortissement du matériel		20
constatation de l'amortissement		

[1202] Mémento Pratique Francis Lefebvre *Comptable*, 2012, n°4269 et *PCG refonte 1999* Price Waterhouse Coopers, Editions Francis Lefebvre, 1999, article 441/17.
[1203] Si l'on excepte pour simplifier cette présentation les montants de TVA collectée et de TVA déductible sur les autres biens.

D’autre part, il convient aussi de déterminer les droits de l’autre participant dans la valeur nette de l’immobilisation :

458 associé X	32	
178 dette rattachée à une société en participation		32

constatation de la part du deuxième associé dans l’immobilisation soit (100 –20) x 40 % pour la valeur du bien nette d’amortissement

En raison de l’absence de personnalité morale de la société en participation, mais aussi de la comptabilité propre à cette dernière, il est nécessaire d’éliminer les éléments comptables de la société en participation lors de la clôture de l’exercice dans la comptabilité du chef de file. Donc dans un premier temps, il convient d’inscrire dans la comptabilité spécifique de la société en participation l’opération visée. Puis comme la société n’existe pas au regard du droit comptable, contrairement au droit fiscal, en fin d’exercice, toutes les écritures sont compensées, puis contrepassées et intégrées chez chacun des participants au prorata de leurs droits dans la société. Car seule une société ayant la personnalité morale peut avoir une comptabilité établissant un patrimoine.

178 dette rattachée à une société en participation	32	
2815 amortissement du matériel	20	
512 banque	100	
215 matériel		100
458 associé X		32
681 dotation aux amortissements		20

reprise des comptes

Les comptes de la société en participation sont tous soldés et la part représentative de l’associé non chef de file est calculée au prorata de ses droits dans le «capital ».

Lors de l’exercice suivant, le chef de file constate dans la comptabilité propre à la société la reprise des comptes et l’affectation du résultat concernant l’autre participant. Il s’agit d’une sorte de pérennisation temporaire[1204] de l’activité de la société :

[1204] Pour un an, puisque les comptes seront à nouveau soldés en fin d’exercice.

458 associé X	32	
215 matériel	100	
681 dotation aux amortissements	20	
178 dette rattachée à la société en participation		32
512 banque		100
2815 amortissement du matériel		20

reprise des comptes de la société en participation

458 associé X	8	
755 quote-part des opérations faites en commun		8

affectation du résultat de l'autre associé
soit 20 x 0,4

Le coassocié comptabilise, dans sa propre comptabilité sa part dans l'immobilisation et dans le résultat :

268 créance rattachées à une société en participation	32	
655 quote-part des opérations faites en commun	8	
458 gérant		40

part de l'associé X

Cette part tient compte tant de ses droits dans la valeur nette du bien que dans l'amortissement dudit bien.

ii) La propriété apparente de l'un des associés non chef de file

348. Lorsque le propriétaire apparent est un autre associé, ce dernier enregistre l'achat du bien et son amortissement annuel, puis loue ce bien au chef de file pour le compte de la société en participation. Il n'apparaît pas comme ayant acquis l'immobilisation pour le compte de la société en participation.

Reprenons l'exemple de l'acquisition d'un autre matériel, dans cette société en participation entre deux vétérinaires, dont le co-associé a cette fois-ci la propriété apparente, ce dernier

ayant un droit de 40% sur ce matériel. Sa valeur est de cent kilos euros et il est amorti sur cinq ans, la dotation aux amortissements étant de 20 %.

La comptabilité de la société en participation intègre à la fois l'existence de l'immobilisation au profit de la société en participation puis en fin d'exercice son amortissement. Elle se présente alors ainsi :

215 matériel	100	
478 compte transit X		100
affectation du bien		
681 dotation aux amortissements	20	
2815 amortissement du matériel		20
dotation annuelle		

L'écriture d'affectation du bien et celle de la dotation aux amortissements constate l'existence de la société en participation. Il convient ensuite de mettre en évidence la location, puisque l'associé non chef de file est propriétaire apparent, et de déterminer les droits des coparticipants.

478 transit associé X	20	
458 associé X		20
location du bien par l'associé non chef de file		
268 créance rattachée à une société en participation	48	
458 associé X		48
part du chef de file dans le financement du bien		
soit (100 – 20) x 60 %		

L'absence de personnalité morale implique encore une fois la réaffectation du bien en fin d'exercice.

2815 amortissement du matériel	20	
478 compte transit X	80	
215 matériel		100
balance des comptes		

458 associé X	68	
681 dotation aux amortissements		20
268 créance rattachée à une participation		48

reprise des comptes

Le chef de file intègre dans sa propre comptabilité sa part dans le financement de l'opération[1205] et dans le résultat de la société en participation :

268 créance rattachée à une participation	48	
613 location	20	
458 associé X	8	
755 quote-part des opérations faites en commun		8
458 associé X		68

part du chef de file et de l'associé X dans la société en participation

soit pour l'associé X (100 x 60 %) + (20 x 40 %)

L'associé, propriétaire apparent, constate l'achat du matériel, son amortissement annuel et sa location à la société en participation, correspondant à l'utilisation du bien, donc à son amortissement annuel :

215 matériel	100	
44562 TVA déductible sur immobilisation	19,6	
512 banque		119,6
681 dotation aux amortissements	20	
2815 amortissement des immobilisations		20
458 gérant	20	
708 location		20

Immobilisation acquise au profit de la société en participation

Viennent ensuite la comptabilisation de la participation du chef de file dans le financement de l'opération et la part dans le résultat de l'associé propriétaire apparent :

[1205] Mémento Pratique Francis Lefebvre *Comptable* 2012 n°4270.

458 gérant	48	
178 dette rattachée à une participation		48
655 quote-part des opérations faites en commun	8	
458 gérant		8

β) **L'indivision**

349. Quand l'acquisition est effectuée grâce aux réemplois de fonds indivis[1206], sa propriété devient une indivision. Le chef de file est le propriétaire apparent du bien, mais les co-indivisaires ont chacun une part dans l'immobilisation et dans le résultat y afférant, à savoir la dotation aux amortissements.

Reprenons l'exemple d'un matériel dont le chef de file de la société en participation entre deux vétérinaires a la propriété apparente, ce dernier ayant un droit de 60% sur ce matériel. Il est considéré comme ayant acquis l'immobilisation pour le compte de la société en participation. La valeur du bien est de cent kilos euros et il est amorti sur cinq ans, la dotation aux amortissements étant de 20 %.

La comptabilité de la société en participation intègre l'investissement acquis et les différents droits des participants :

215 matériel	100	
44562 TVA déductible sur immobilisation	19,6	
512 banque		119,6
acquisition du bien		

Le compte de TVA déductible sur immobilisation sera soldé grâce au crédit de TVA, et donc grâce au remboursement par l'Etat. Le compte de banque est alors débité de ce montant[1207].

En fin d'exercice comptable, il convient d'effectuer les écritures d'inventaire, mais aussi de réaffecter le bien acquis en fonction des droits de chacun des participants :

[1206] Mémento Pratique Francis Lefebvre *Comptable*, 2012, n°4271.

[1207] Il faudra néanmoins tenir compte des autres TVA : TVA collectée, TVA déductible sur autres biens et services…

681 dotation aux amortissements	20	
2815 amortissement du matériel		20

dotation annuelle

2815 amortissement du matériel	8	
458 associé X	32	
215 matériel		40

retrait de la part de l'associé X dans l'immobilisation

458 associé X	8	
681 dotation aux amortissements		8

répartition du résultat

2815 amortissement du matériel	12	
512 banque	100	
215 matériel		60
458 associé X		40
681 dotation aux amortissements		12

reprise des comptes : les comptes de la société sont soldés.

L'associé comptabilise, dans ses livres comptables, sa part dans l'immobilisation et dans le résultat :

215 matériel	40	
681 dotation aux amortissements	8	
2815 amortissement du matériel		8
458 gérant		40

immobilisation en indivision dans la société en participation

Le chef de file lui aussi intègre sa part :

215 matériel	60	
681 dotation aux amortissements	12	
2815 amortissement du matériel		12
458 associé X		60

immobilisation en indivision dans la société en participation

b) La répartition des bénéfices et des déficits

350. Le chef de file est périodiquement, en principe annuellement, amené à déterminer le résultat de la participation. La répartition définitive aura lieu lors de la dissolution de la société. La répartition annuelle du résultat est comptabilisée, dans le silence des statuts, au prorata des apports dans les comptes 655 et 755 « quote-part des opérations faites en commun ». Prenons comme exemple une quote-part de déficits de vingt euros pour les deux associés de la société en participation entre vétérinaires :

⇨ dans la comptabilité de la société, l'opération sera inscrite ainsi :

458 associé X, opération faite en commun	20	
755 quote-part de perte transférée		20

⇨ chez l'associé :

655 quote-part de perte supportée	20	
458 société en participation		20

Dans le cas d'un bénéfice, la situation est transcrite ainsi :

⇨ dans la comptabilité de la société :

655 quote-part de bénéfice transféré	20	
458 associé X, opération faite en commun		20

⇨ chez l'associé :

458 société en participation	20	
755 quote-part de bénéfice attribué		20

Dès lors, en fin d'exercice, en raison de l'absence de patrimoine social, les comptes de la société seront soldés.

Cette comptabilisation n'est pas sans incidence sur le mécanisme de consolidation. Il consiste à agréger les comptes des différentes sociétés d'un groupe, en neutralisant les opérations intra-groupe pour éviter leur double prise en considération. Elle permet de présenter le résultat et la situation financière de l'ensemble du groupe. Car l'information relative aux seuls comptes individuels ne permet pas de dégager une vue globale du groupe[1208].
Ainsi, dans le cadre d'une consolidation en présence d'une société en participation, chaque associé peut éliminer les charges et produits liés aux opérations faites en son nom propre dans le cadre d'une société en participation, sa quote-part de résultat de la société, et constater en contrepartie sa quote-part de charges et produits de la société[1209]. Il s'agit de donner une image fidèle des actifs et des passifs de l'ensemble des entreprises consolidées[1210]. Rappelons que les comptes consolidés sont certifiés par un commissaire aux comptes.

2° Les documents de synthèse

351. Le chef de file doit établir un bilan qui sert à l'élaboration du bilan fiscal. Dans les comptes annuels des associés, l'absence de mention de l'existence de la société en participation dans l'annexe au bilan[1211] peut être problématique au regard du principe d'image fidèle. Le bilan et le compte de résultat d'une entreprise ne peuvent transmettre par eux-mêmes une image fidèle de sa situation économique et financière et de son patrimoine. C'est pourquoi, ils sont accompagnés de notes annexes, dont la liste des filiales et des participations... Un problème se pose pour les participations dans les sociétés en participation : l'annexe est en effet un document obligatoire et une partie intégrante des comptes annuels.
Si la société est ostensible, elle peut être citée sans difficulté, avec une information sur son chiffre d'affaires, son résultat… Ainsi, dans les comptes annuels du groupe Eurotunnel, figure en annexe, dans le chapitre « *activités et évènements importants* », l'existence et la date de création de la société en participation Eurotunnel. Elle est reprise dans le rapport des

---

[1208] D. Kling, « La nouvelle méthodologie des comptes consolidés », Les Petites Affiches, 10 décembre 1999, p.10.
[1209] Bull CNCC, septembre 1994, n°95, p 592.
[1210] J.-L. Mullenbach, « Les comptes consolidés et le législateur français », Les Petites Affiches, 10 décembre 1999, p.23.
[1211] *PCG refonte 1999*, Price Waterhouse Coopers, Editions Francis Lefebvre, 1999, article 531-2 / 14.

commissaires aux comptes sur les conventions réglementées[1212]. En effet, les conventions intervenant entre une société et une entreprise sont soumises à une autorisation préalable du conseil d'administration et un vote de l'assemblée générale, si l'un des administrateurs de la première est associé indéfiniment responsable ou dirigeant de la seconde.

Si la société est non révélée, pour que le principe d'image fidèle soit respecté, l'absence de toute information implique, semble-t-il, une organisation comptable dissociée : dès la conclusion d'une opération chaque participant devrait inscrire comptablement sa part dans celle-ci.

352. Alors que la fiscalité, pour les besoins de simplification de perception des impôts, procède à une opération de stabilisation de la société en participation, notamment grâce au bilan fiscal, la comptabilité tend à démontrer une certaine instabilité. Nous étudierons dans le chapitre suivant les difficultés organisationnelles nées du contrat de société en participation qui sont génératrices de cette instabilité.

[1212] Rapport annuel Eurotunnel, 1998, annexe p. 92 et rapport des commissaires aux comptes sur les conventions réglementées, p.86 : *ESA a conclu en 1986 avec France Manche SA, The Channel Tunnel Group Ltd et Eurotunnel PLC, un contrat de société en participation qui prévoit la constitution d'Eurotunnel, société en participation entre France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd*. Ces données se retrouvent à l'identique dans le rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions règlementées pour l'année 2004 p.62.

Rapport spécial des Commissaires aux Comptes sur les conventions réglementées (exercice clos le 31 décembre 2002) : *« le Conseil d'Administration a approuvé, le 13 août 1986, la signature d'un Contrat de société en participation qui a été signé le jour même par FM, CTG, ESA et EPLC. Ce contrat a été amendé par des avenants en date des 25 septembre 1986, 23 juillet et 14 octobre 1987. Ce contrat prévoit que FM et CTG sont associées dans une société constituant une société en participation de droit français et un «* partnership *» de droit anglais, ayant pour objet l'exploitation et l'entretien de la Liaison Fixe Transmanche. Aux termes de ce contrat, les coûts et dépenses supportés par FM et CTG aux fins de cette association sont partagés à parts égales entre FM et CTG, qui apportent à l'association les droits en découlant et le bénéfice de tous les contrats et biens dont elles disposent en relation avec l'objet de l'association, FM et CTG partagent les bénéfices ou supportent les pertes de l'association à parts égales ».*

Conclusion du premier chapitre

353. Si pour des raisons d'optimisation fiscale, la réglementation du Code général des impôts assimile la société en participation à une société dotée de la personnalité morale, il n'en est pas de même du droit comptable. Ainsi en droit fiscal, pour l'établissement des impôts, il convient notamment d'élaborer un bilan fiscal et par conséquent un patrimoine.

354. En droit comptable, l'absence de personnalité morale entraîne l'inexistence d'un patrimoine social. La comptabilité de la société doit disparaître à la fin de chaque exercice pour éviter que ne soit dégagé un bilan et donc un patrimoine social. Aussi, la société en participation s'apparente-t-elle uniquement à un contrat. Cette situation nécessite une « gymnastique » technique pour que puisse perdurer d'un exercice à l'autre l'activité de la société en participation.

355. C'est au regard du droit des obligations, que la société en participation démontre sa particulière originalité. Contrairement aux autres sociétés, elle peut perdurer par tacite reconduction ou être considérée comme un contrat en cours dans le cadre d'une procédure collective de l'un de ses débiteurs, client, fournisseur ou associé. Elle n'est alors pas considérée comme une société « classique » mais comme un contrat.
Mais un contrat, certes loi des parties et devant être exécuté de bonne foi, n'est pas forcément adapté à une activité pérenne. Une entreprise a besoin d'une structure stable, organisée et institutionnalisée. Or la société en participation est affectée d'instabilité générant des difficultés organisationnelles, que nous étudierons dans le chapitre suivant.

Deuxième chapitre : La société en participation, une structure affectée d'instabilité ou les difficultés organisationnelles nées du contrat de société en participation

356. Le professeur Henry Mintzberg a montré qu'une entreprise est soumise à une logique de congruence[1213], donc d'articulation notamment par rapport à son marché, et une logique de configuration[1214]. Si celle-ci de la cohérence interne de l'organisation, la première émane « *d'une association adéquate entre un élément structurel et un facteur contextuel donné »*[1215]. Autrement dit, elle découle partiellement de l'environnement et peut se retrouver en inadéquation avec la configuration souhaitée[1216]. Si l'on pousse la logique à son extrême, on peut se demander si une organisation juridique n'est pas « prédéterminée » par son environnement, si ce dernier n'impose pas le mode contractuel, au détriment de la volonté des participants, voire au détriment de l'existence même de l'affectio societatis. Cette question sera étudiée dans le cadre de la première section.

357. La structure née d'un contrat de société en participation pose elle - aussi la problématique de la notion d'entreprise. Une entreprise est définie par « *trois éléments inter-reliés : une infrastructure d'activités productives, une socio-structure de relations entre*

[1213] La congruence se définit comme le fait de coïncider, de s'ajuster parfaitement.
H. Mintzberg, *Le management – voyage au centre des organisations,* Editions d'Organisation, 1998, p.406 : « *introduite dans la théorie des organisations dans les années 1960, cette hypothèse suggère que l'organisation fonctionne un peu comme celui qui choisit son dîner à la table d'un buffet, un petit peu de cela, un petit peu de ceci, le tout étant sélectionné en fonction des besoins spécifiques du dîneur. L'efficacité organisationnelle devient donc une question de rencontre d'un ensemble de différents attributs internes, traité comme une sorte de portefeuille avec différents facteurs de situations ».*

[1214] H. Mintzberg, idem : « *son image est le jeu de puzzle, les tenants du principe associatif sont ses champions. Concevez votre organisation comme vous le feriez d'un jeu de puzzle – en assemblant les pièces les unes aux autres afin de créer un tout cohérent, une image harmonieuse ».*

[1215] H. Mintzberg, "Structure in 5's : A Synthesis of the Research on Organization Design", Management Science, 26 mars 1980, p.322-341, cité par B. Jarrosson, *100 ans de management,* Dunod, 2000, p.98. « *L'efficacité organisationnelle devient donc une question de rencontre d'un ensemble de différents attributs internes, traité comme une sorte de portefeuille avec différents facteurs de situation »,* selon Henry Mintzberg, *Le management – voyage au centre des organisations,* Editions d'Organisation, 1998, p.406. Le professeur Henry Mintzberg rappelle que l'hypothèse de la congruence date des années 1960 et en rappelle quelque peu les limites.

[1216] H. Mintzberg, idem, en poursuivant l'image du dîner à la table d'un buffet : « *l'hypothèse de la congruence a certainement été une amélioration, mais de la même façon que l'assiette de notre dîneur devant ce buffet peut se voir remplie d'un assortiment bizarre de différents aliments, le résultat n'est pas si bon que cela ».*

individus et entre groupes et une superstructure de valeurs plus ou moins partagées »[1217]. Lorsqu'elles restent dans leur domaine d'adhocratie, les sociétés en participation se justifient tant sur le plan de la logique juridique, que sur celui de la logique économique. Le projet de participation répond à la logique de management par projet et à la celle de coopération d'entreprises. « *Les projets sont créateurs de sens nouveaux et de valeurs nouvelles, investissant des ressources toujours comptées pour un pari de création de valeur supérieure et répondant à l'incertitude par des risques assumés »*[1218]. D'autre part, « *un réseau est une forme d'organisation dynamique efficiente pour créer un pool d'informations et de connaissances relatives à une innovation et à son emploi, un lien critique entre firme novatrice et son marché… »*[1219]. Cet argument pour le réseau s'entend aussi pour tout type d'alliance ou de coopération d'entreprise. L'adéquation de la structure à son marché se pose lorsque l'accord de participation sort de son domaine de prédilection. Le point d'orgue de cette construction réside dans un accord de joint-venture. Sa force, à savoir son extrême souplesse en partie liée à l'absence de personnalité morale et à la possibilité d'être non révélée, ne devient-elle pas alors son principal handicap ? Nous étudierons cette instabilité structurelle, ces défauts organisationnels, dans la deuxième section.

[1217] A. Desreumaux, « Nouvelles formes d'organisation et évolution de l'entreprise », Revue Française de Gestion, janvier-février 1996, p.86.
[1218] D. Leroy, « Le management par projets : entre mythes et réalités », Revue Française de Gestion, janvier-février 1996, p.109 qui définit le management par projets : « *le management par projets est constitué par l'ensemble des processus de finalisation, d'organisation et d'animation qui permettent de rendre efficace le recours à des structures temporaires de type «* projets *»… Les projets permettent d'apprendre en réalisant (learning by doing), d'explorer des champs nouveaux, de confronter les anciens modèles mentaux à une réalité qui s'élabore sur un horizon qui s'élève »*. Il n'est bien évidemment pas limité à une organisation fondée sur un contrat de participation.
[1219] A. Desreumaux, idem

Section 1 : L'absence d'organisation de relations structurées avec les tiers ou la distinction entre sociétés en participation ostensible et non révélée.

358. L'existence d'une convention de société en participation entraîne une réflexion sur l'effet relatif de ce contrat. L'article 1165 du Code civil a vocation à s'appliquer : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »*, c'est-à-dire la stipulation pour autrui. L'article 1165 est la traduction de l'adage romain : *res inter alios nacta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*[1220]. Cette règle est le contrecoup du principe de l'autonomie de la volonté : *« une véritable évidence »*[1221] selon les auteurs classiques[1222]. L'autonomie de la volonté entraîne l'indépendance des cocontractants, leur liberté de choix. Dès lors, « *chaque individu étant indépendant, seule sa volonté peut restreindre sa liberté et la lier »* [1223]. L'effet relatif des contrats doit alors s'appliquer : « *dès lors que l'obligation a sa source dans la volonté, ne peuvent être tenus que ceux qui l'ont voulu »* [1224], et non des tiers, car « *si le libre jeu des volontés individuelles conduit à la justice, chaque homme étant le meilleur juge de ses intérêts, on ne saurait en dire de même des intérêts d'autrui »*[1225].

Certes, la force de ce principe a perdu de son amplitude ; néanmoins, cet article est la transcription dans le code du principe de la relativité du lien obligatoire. La convention lie d'une part les obligés originaires, à savoir les participants de la société, mais aussi dans certains cas, ses ayants-cause universels ou à titre universel.

[1220] Les actes conclus par les uns ne peuvent ni nuire, ni profiter aux autres.
H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil – obligations et biens,* tome 2, Montchrestien, 1962, lectures p.694 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil- les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz, 9ème édition, 2005, n°485 p.488 : « *en droit romain, la relativité du contrat procédait des conditions formalistes de sa création. Ne sont liées que les personnes qui ont accompli les rites créateurs d'obligations ».*

[1221] F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, idem n°485 p.488.

[1222] Notamment Domat, *Les lois civiles,* 1689 : « *les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que sur leur consentement commun… les conventions illicites sont celles qui blessent les lois ; et comme il y a deux sortes de lois, celles qui sont du droit naturel, et celles qui blessent le droit naturel et les bonnes mœurs et celles qui sont contraires au droit positif »*, cité par P. Glaudet, « Le Code Napoléon, fondateur de la Nation Française », Defrénois, 2004, p.621.

[1223] Ibidem.

[1224] Ibidem.

[1225] Ibidem.

359. Quant aux tiers, ils ne sont pas liés, mais le contrat leur est opposable. De ce fait, d'une part qu'ils n'ont pas le droit de méconnaître l'existence des obligations, et d'autre part ils peuvent invoquer l'existence du contrat.

Si la société créée de fait ou la société en participation ostensible est forcément connue des tiers, la problématique de cette re-connaissance se pose pour la société en participation non révélée, qui, par définition, reste inconnue des tiers. Elle ne peut « exister » qu'entre les participants. Il convient dès lors d'étudier la distinction entre les sociétés en participation ostensibles et non révélées.

360. Lorsque le législateur du 4 janvier 1978 a prévu la possibilité de constituer des sociétés en participation ostensible, il a choisi de modifier les relations entre les associés et avec les tiers. Il les a organisé, dans l'article 1872-1 alinéas 1, 2 et 3 du Code civil : « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.*

Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité[1226]*, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.*

Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit ».

Cet article conduit à deux conclusions. D'une part, l'alinéa 1 reprend doublement le principe de l'effet relatif des contrats : le contrat de société en participation n'oblige que les participants et qu'entre eux et seul celui qui contracte avec un tiers aura des obligations envers ce tiers. D'autre part, les alinéas 2 et 3 prévoient la société en participation ostensible que sous un angle indirect de l'agissement en qualité d'associés, de l'immixtion ou du profit personnel tiré par le contrat. Certains auteurs en ont dès lors conclu que la société en participation reste « occulte »[1227], un « simple » contrat. « *Cette interprétation a des conséquences importantes :*

- *elle fait du droit de la société occulte le droit commun de la société en participation ;*

[1226] Voir par exemple Cass Com 21 février 2012 n° de pourvoi 10-12212.

[1227] Voir P. Bézard, *Sociétés civiles*, LITEC, 1979, p. 515. Y. Chartier, « Remarques sur la société en participation », RTD Com, 1979, p.637.

- *par contrecoup, les règles dérogatoires ne seraient que d'application stricte, voire restrictive ;*
- *il ne saurait être question, à partir des articles nouveaux du Code civil, de vouloir reconstituer la dualité des régimes de la société ostensible et de la société occulte qui n'a pas été retenue par la commission mixte paritaire ;*
- *enfin, on ne saurait aboutir, selon la formule de M. Dailly, à « placer sur le même plan que les sociétés immatriculées un type de sociétés presque aussi structurées mais ne présentant pas pour les tiers les mêmes garanties »*[1228].

Certes, une telle théorie correspond à la formule littérale du législateur, mais non aux contrats de joint-venture, telle la société en participation Eurotunnel, qui nécessitent pour la réussite de leur activité que la société en participation soit ostensible.

Mais pour le professeur Yves Chartier, il s'agit d'un « *véritable renouveau du droit de la société en participation »*[1229]. Il a alors proposé une définition de la société en participation non révélée comme « *celle dans laquelle* :

- *ou bien chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société ;*
- *ou bien il est convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social…*

La société occulte est celle dans laquelle chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé, tandis que la société ostensible est celle dans laquelle les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers »[1230]. Il décrit la société en participation ostensible comme celle où « *les biens sont indivis, spécialement par convention »*[1231].

Comme tout contrat, la convention de société en participation aura un effet relatif, que nous envisagerons dans un premier paragraphe. Mais de son caractère dual, se pose la problématique du passage d'une société non révélée à une société ostensible.

[1228] Y. Chartier, « Remarques sur la société en participation », RTD Com, 1979, p.637.
[1229] Ibidem.
[1230] Ibidem.
[1231] Ibidem.

§ I) L’application du principe de l’effet relatif des contrats

361. Le contrat de société en participation est la loi des parties, tel qu’il a été souhaité lors de sa conclusion. En vertu de ce principe, « *le pacte social ne peut être modifié sans l’accord unanime des associés* »[1232]. Comme lors de sa conclusion, le consensualisme reste la règle. Ainsi, *« cette modification n’est soumise à aucune publicité et n’a pas besoin d’être faite par écrit plus que le pacte social »*[1233]. Ce principe est d’ailleurs énoncé dans l’article 1836 alinéa 2 du Code civil, selon lequel « *en aucun cas, les engagements d’un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ». Il s’agit d’une règle impérative, reprise dans l’article 1871 alinéa 2 du Code civil, en vertu de laquelle le silence ne vaut pas consentement. Il en résulte qu’il s’agit d’une mesure de protection du consentement de chaque participant, élément substantiel du contrat, en vertu de l’article 1108 du Code civil[1234]. Tout engagement supplémentaire nécessite donc l’accord manifeste des volontés, qui doit être exempt de vice du consentement[1235], sachant qu’« *en matière contractuelle, le terme «* consentement *» revêt une double acception* » [1236], la manifestation de volonté de chaque partie mais aussi *« l’acquiescement qu’elle donne aux conditions du contrat projeté »* [1237]. Il s’agit dès lors de l’échange de consentement. « *Pris dans son sens étymologique (cum sentire), le mot consentement désigne aussi l’accord, le concours de deux volontés… »*[1238]. En conséquence, le droit des obligations s’applique parfaitement aux relations contractuelles entre les participants à un contrat de société en participation et leurs engagements réciproques[1239]. Il faut donc pour une modification du contrat l’accord de chacun des participants, mais aussi

---

[1232] J. Autesserre, « Associations en participation et sociétés de fait », Revue des Sociétés, 1963, p.241.
[1233] Ibidem.
[1234] Cass Com 3 janvier 1974, D 1974 sommaire p.84 à propos des dettes entre les associés d’une « *association en participation : les avances consenties par un associé à un autre constituent une dette personnelle de l’un des associés au profit de l’autre et ne doit pas être incluse dans les charges d’exploitation* ».
[1235] Voir a contrario CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.432, note Y. Zein : dans cette affaire, l’une des parties à un pool bancaire sollicitait du juge « *la résolution du contrat de participation sur le fondement du dol et de l’erreur qui sont des vices du consentement, mais en réalité* [demandait] *l’annulation du contrat sur la base desdits vices du consentement : le fait que la banque, chef de file du pool, n’ait pas poursuivi les cautions constitue une faute d’exécution du contrat et non un dol* ». Cet arrêt, particulièrement classique puisque la Cour estime qu’il est nécessaire dans ces conditions de « *demander la dissolution de la société en participation* », rappelle indirectement le droit à annulation en cas de vice de consentement.
[1236] F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil- les obligations*, Droit Privé, Précis Dalloz 9ème édition, 2005 n°91, p.107.
[1237] Ibidem.
[1238] Ibidem.
[1239] J.-P. Storck, note sous Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677.

que cet accord soit certain. Cela nécessite une modification des statuts, rédigée si les statuts étaient initialement écrits.

D'autre part, se pose la question du recours de l'un des associés vis-à-vis d'un contractant de l'un des associés, dans le cadre de l'activité sociale, en raison de l'absence de personnalité de la société.

1° L'engagement des associés

362. Le contrat de société en participation peut entraîner, dans certains cas, la responsabilité des participants, avec application des règles de solidarité, selon le caractère commercial (ou non) de l'objet social. Ainsi, une « *société civile membre de la société commerciale créée de fait a elle-même la qualité de commerçant et doit également être considérée comme une société constituée de fait en raison de sa participation à une société créée de fait. Elle est donc tenue des dettes de cette dernière résultant du non-paiement du solde d'un marché de travaux, au même titre que son associé, personne physique assurant la gérance »*[1240]. Cette conception s'explique par la problématique de la solidarité « commerciale ». En effet, normalement, la responsabilité des participants à une société en participation de caractère civil est indéfinie, mais non solidaire[1241].

363. Si l'effet relatif du contrat passé entre le chef de file, notamment, et un tiers a tendance, par application de l'article 1872 – 1 alinéa 1er [1242], à préserver le sleeping-partner d'une société en participation[1243], la loi du 4 janvier 1978 « *a visé à protéger les tiers qui peuvent être victimes d'agissements de débiteurs habiles, sous couvert de sociétés en participation ou*

[1240] CA Rouen 22 novembre 1995, JCP. Ed. E., 1997, 992 note J.-P. Arrighi : « *l'exercice d'une activité commerciale par une société civile entraîne l'apparition d'une société commerciale de fait… La forme et l'objet d'une société doivent normalement correspondre : une activité commerciale s'exerce par l'intermédiaire d'une société commerciale et une activité civile par une société civile… La Cour de Rouen affirme ainsi de manière catégorique l'impossibilité pour une société civile d'exercer une activité commerciale. Dans cette configuration, la forme et l'objet constituent deux pôles d'une incompatibilité qui rend impossible tout dénouement par prééminence de l'un sur l'autre* ».

[1241] Voir Y. Chartier, « L'évolution de l'engagement des associés », Revue des Sociétés, 1980, p.1 ; T Com Paris 7 avril 1992, RJDA, 10/1992, n°915.

[1242] Article 1872-1 alinéa 1er : « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* ».

[1243] Voir par exemple Cass Com 21 février 2012 (deux arrêts), avec une note de B. Dondero, Revue des sociétés 2012, p.557 : la société en participation ne peut pas « *s'engager par un contrat de crédit-bail. Le contrat qu'une telle société viendrait à signer serait frappé d'une nullité, et d'une nullité absolue…. La dette contractée pour son compte doit nécessairement être imputée à un ou plusieurs associés* ».

créées de fait », en application de l'article 1872-1 alinéas 2 et 3 du Code civil[1244]. Dès lors, tout dépend du comportement extérieur des participants. Lorsque la société est non révélée, les tiers, « *n'ayant pas su qu'ils traitaient avec une structure sociale, il est compréhensible qu'ils n'aient pas d'action contre des associés dont ils ignoraient l'existence »*[1245]. La société en participation est avant tout un contrat interne entre les participants. Leur responsabilité potentielle ne peut être engagée qu'entre eux.

« *Mais les tiers n'ont pas davantage de recours lorsqu'ils ont connu en fait la participation, du moment que nulle initiative du gérant ou des associés ne leur ont permis de croire que ces derniers répondraient de l'exécution du contrat »*[1246], encore que l'initiative du chef de file ne suffise pas à elle seule pour engager la responsabilité des participants à l'égard des tiers. Même la publication d'un contrat de production ne confère pas un caractère ostensible à la société[1247]. Dès lors aux yeux des tiers, les participants ne sont pas vraiment considérés comme des associés, mais comme des parties à un contrat commercial ou civil.

Par contre, « *si la société est révélée, tous les associés seront responsables envers les tiers des engagements passés »*[1248]. Le passage se fait alors d'un contrat interne, à un contrat externalisé, donc à une société avec « pignon sur rue ». Quant au chef de file, sa responsabilité peut dans tous les cas être engagéé : « *puisque, dans ses rapports avec les tiers, en raison de l'absence de personnalité morale de la société, il contractera soit à titre personnel, soit en tant que mandataire d'un associé, soit éventuellement en cumulant les deux qualités quand la société se révélera »*[1249].

364. Enfin, comme tout contrat, la société en participation peut avoir des conséquences sur les tiers. En vertu de l'article 1165 du Code civil et du principe de l'autonomie de la volonté[1250],

---

1244 Article 1872-1alinea 2 et 3 : *« toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit »*.
M. Guilberteau, note sous Cass Com 19 janvier 1981, Revue des Sociétés, 1981, p.796 et JCP, 1981..II.19816 note Y. Chartier : en l'occurrence « *un des associés s'était porté caution solidaire des engagements d'un autre associé »*.

1245 S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés – Les connexions radicales,* LGDJ, 2002, p.285.

1246 Y. Guyon, *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés,* Economica, 6ème édition, 1990, p.556.

1247 CA Versailles 4 novembre 1993, D 1994 sommaire 277, note T. Hassler.

1248 S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés – Les connexions radicales,* LGDJ, 2002, p.285.

1249 Y. Chartier, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », JCP, 1978. I. 2917.

1250 S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.259 : « *en vertu de l'article 1121, l'unanimité s'est quasiment faite au XIXème siècle pour considérer qu'une convention ne pourrait avoir, en règle générale, aucune répercussion juridique sur les tiers : les actes*

« *à la différence des parties, les tiers n'ont pas à exécuter une quelconque prestation promise dans le contrat ; en revanche, ils sont tenus de s'abstenir de tout comportement qui pourrait faire obstacle à l'exécution de cette prestation, ce qui signifie que pèse sur eux une obligation de respecter la situation née du contrat* »[1251], à la condition que ces tiers connaissent l'existence de la société en participation, soit qu'elle soit ostensible, soit que certains – ou tous – participants se soient révélés à eux. « *L'opposabilité de la situation contractuelle aux tiers apparaît être ainsi un « complément nécessaire à la force obligatoire du contrat* »[1252] qu'en bien même la société en participation entraîne un enrichissement personnel[1253].

2° L'absence de poursuite à l'encontre des tiers ?

365. Dans cette absence de poursuites à l'égard des tiers par l'associé non partie à un contrat intervient une sorte de double application de l'effet relatif des contrats. Le 23 octobre 1984, la Cour de cassation, sur le fondement de l'ancien article 421 de la loi du 24 juillet 1966[1254], a estimé que « *les participants à une société en participation n'ont ni droit à faire valoir, ni obligation, ni action à exercer à l'égard des tiers pour des opérations effectuées sans leur intervention juridique. Des associés d'une société en participation n'étant pas parties aux contrats litigieux ne peuvent poursuivre l'exécution aux lieux et place d'un associé décédé* »[1255].

---

conventionnels seraient donc inopposables à ceux qui n'ont pas participé à leur formation. L'évolution des idées a conduit dès la fin du siècle dernier à dissocier l'opposabilité et la relativité des conventions. Plus tard, dans la première moitié du XXème siècle, d'importants travaux doctrinaux cristallisent ces deux concepts juridiques », Alex Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé,* thèse Strasbourg 1938 n°78 et suivants. « *Ainsi, le contrat est déclaré relatif aux parties dans la limite où il est directement générateur de droits et d'obligations : c'est le principe de relativité de l'effet obligatoire des actes conventionnels. Mais le contrat est aussi reconnu opposable, en tant qu'il constitue un élément de l'ordonnancement juridique, dont l'existence ne peut nuire ou profiter indirectement aux tiers : c'est le principe de l'opposabilité* ».

[1251] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.251.

[1252] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.251 citant J. Guestin et M. Billiau, *Les effets du contrat,* 2ème édition, Dalloz, 1994 n°594.

[1253] A. Picand-L'Amezec, « L'obligation des associés en participation envers les tiers », Revue des Sociétés, 1990, p.567, à propos de l'action de in rem verso : « *le principe d'opposabilité doit permettre au participant enrichi d'opposer au créancier du gérant l'existence du contrat de société comme juste cause de son enrichissement…La recevabilité de l'action de in rem verso sur le fondement de l'article 1872-1 alinéa 3 ne se conçoit que si le profit retiré de l'engagement pris par le gérant est indépendant du profit retiré de l'exploitation sociale, bénéfices ou économies (art. 1832 C civ.)* ».

[1254] Ancien article 421 du Code des sociétés : « *chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel. Il est seul engagé même au cas où, sans l'accord des autres associés, il révèle leurs noms aux tiers* ».

[1255] Cass Com 23 octobre 1984, Joly, 1984, p.1211 : en l'occurrence, il s'agissait d'un pool d'investissement fondé pour l'acquisition de wagons ; or le gérant décéda en cours de procédure contre un tiers contractant, redevable des redevances.

Sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978 le principe reste identique, avec le mandat donné au chef de file de conclure les contrats « extérieurs » au profit des participants à la société, puisque l'alinéa 1 de l'article 1872-1 du Code civil reprend l'ancien article 421 de la loi du 24 juillet 1966. Néanmoins, ce principe souffre d'exceptions lorsque les participants se comportent comme de véritables associés aux yeux des tiers.

Si les participants se comportent, au sein de la société en participation, comme de simples contractants, ils ne pourront poursuivre les tiers. L'effet relatif du contrat se produit dans les deux sens : les tiers ne peuvent les poursuivre et eux n'ont pas de recours contre ces derniers. La société en participation apparaît alors comme un simple contrat. Comme pour tout contrat, le tiers ne peut s'opposer à l'existence d'une société en participation dont il a connaissance car « *ce tiers doit accepter la réalité de l'opération voulue par les parties et s'abstenir de toute entrave à l'exécution du contrat* »[1256]. Il reste étranger à ce contrat et donc à son efficacité immédiate et directe, mais il ne peut s'opposer à son efficacité entre les parties. Il est évident que pour mettre en pratique cette obligation reposant sur le tiers il faut qu'il ait connaissance de l'existence même du contrat : c'est aux participants de le lui faire connaître, notamment par le recours à la publicité[1257].

Si les agissements des participants peuvent se concevoir comme ceux d'associés, la société est assimilée à une société en nom collectif, avec solidarité[1258] si l'objet est commercial sinon à une société civile.

On passe dès lors d'un contrat à une organisation assimilable à une société classique.

Dans le même ordre d'idées, se pose aussi la problématique du passage d'une société non révélée à une société ostensible.

§ II) Le passage d'une société non révélée à une société ostensible

366. Avant même la loi du 4 janvier 1978, se posait déjà la question de la révélation aux tiers de la société en participation[1259]. « *Il est fréquent que le public soit, en réalité parfaitement*

[1256] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.262.

[1257] S. Brouder-Leibovici, idem, p.277 qui rappelle que « *ce mécanisme est mis en œuvre grâce à la publicité, suite à l'obligation de déclaration des conventions comportant certaines conditions préférentielles ou constitutives d'une action de concert, que doit en assurer le Conseil des Marchés Financiers (CMF)* ».

[1258] Cass Civ 1ère 30 janvier 1996, RJDA, 4/1996, p.361 et Droit des sociétés, 1996, n°72, note T. Bonneau.

[1259] E.-N. Martine, « Les problèmes de qualifications à propos des sociétés en participations », RTD Com, 1959, p.41 : « *la doctrine et la jurisprudence décident qu'il n'est pas nécessaire que le groupement soit totalement*

instruit de l'existence de la société, surtout lorsque celle-ci est constituée pour une exploitation durable [1260]». Dans certains cas les parties ne veulent pas cacher leur aventure en commun, voire avoir changé d'avis sur leur anonymat, au cours de la « vie » de la société : *« l'anonymat qu'elles jugeaient indispensable à l'origine peut, avec le temps, ne plus leur apparaître nécessaire, ni même avantageux »* [1261]. En outre, la connaissance par les tiers de l'existence du contrat et de ses pariticipants *« peut résulter d'une simple négligence ou d'une imprudence des associés »*[1262]. On retrouve dans les cas de révélation antérieurs à la loi de 1978, ceux visés par l'article 1872-1 du Code civil. Nous étudierons les cas de révélations aux tiers de la société non révélée.

Avant 1978, la façon de régler le problème, généré par le vide législatif, était l'application par la jurisprudence de la théorie de l'apparence[1263]. Or, l'apparence joue un rôle essentiel dans la qualification de « société » à l'égard des tiers. Les participants doivent se garder d'apparaître, sous quelque forme que ce soit, comme associés aux yeux des tiers[1264]. Qu'en est il aujourd'hui de cette théorie ? C'est ce que nous envisagerons dans un deuxième temps.

---

ignoré, que les tiers peuvent connaître son existence et le nom de ses membres à condition que les participants n'aient rien fait pour révéler la société et surtout qu'ils aient soigneusement évité de contracter en son nom ». Cet auteur cite, entre autres, Thaller et Pic tome III n°1990, Houpin et Bosvieux, tome I, n°324 et CA Bordeaux 29 novembre 1948, D 1949.403.

[1260] X. Blanc-Jouvan, « La révélation aux tiers de la société en participation », RTD Com, 1959, p.649 ; voir aussi Jean Autesserre, « Associations en participation et sociétés de fait », Revue des Sociétés, 1963, p.241.

[1261] Ibidem.

[1262] X. Blanc-Jouvan, « La révélation aux tiers de la société en participation », RTD Com, 1959, p.649 ; voir aussi Jean Autesserre, « Associations en participation et sociétés de fait », Revue des Sociétés, 1963, p.241 : « *la révélation aux tiers a pour effet de faire connaître l'association en participation, comme une société en nom collectif et les participants ne sauraient limiter la responsabilité de chacun d'eux par une mesure quelconque ».*

[1263] X. Blanc-Jouvan, « La révélation aux tiers de la société en participation », RTD Com, 1959, p.649 : « *c'est donc bien, en fait, à la théorie de l'apparence que se réfère aujourd'hui la jurisprudence – du moins dans l'hypothèse où il y a révélation totale – et cela ressort nettement des solutions consacrées par les tribunaux. S'il arrive fréquemment que ceux-ci continuent à utiliser les termes de société de fait et non de société apparente, c'est seulement par suite d'une confusion traditionnelle entre les deux notions. La vérité est qu'il suffit ici de faire appel à la bonne foi des tiers. Cela explique que les participants se voient refuser le droit de se prévaloir eux-mêmes de la révélation et d'invoquer à leur seul profit l'erreur commise par leurs co-contractants, mais cela explique aussi que seuls soient engagés ceux qui ont vraiment pu être pris pour des associés ordinaires ».*

[1264] Cass Com 1er décembre 1996, Joly, 1996, n°382, p.1052, note P. Le Cannu : « *s'ils veulent éviter un engagement personnel, les coparticipants doivent veiller à ne pas faire apparaître leur nom dans les documents ou correspondances liés à l'activité de la société en participation. On comprend que l'apparence de la qualité vraie d'associé en participation et que l'apparence d'une implication personnelle dans l'opération litigieuse conditionnent l'obligation des associés ».*

1° Les modalités de révélation aux tiers

367. Quand la Cour de cassation[1265] crée une présomption simple de société en participation pour les marchés et travaux publics, elle modifie indirectement les modalités de révélation aux tiers, notamment en ce qui concerne le donneur d'ordre, pour qui les participants sont normalement connus puisqu'il s'agit des prestataires des travaux qu'il a lui-même choisis. Cette présomption entraîne l'inutilité de démontrer la passation pour ce type de contrats, d'une société non révélée à une de société ostensible. La révélation est présumée établie. Pourtant la révélation sous-tend des actes positifs des participants. La conséquence de cette présomption simple concerne la solidarité commerciale qui par ricochet est aussi présumée. Il importe aux groupements allocataires de travaux publics de réfuter la solidarité dans leurs « statuts ».

Après s'être éloignée du droit des sociétés, en prenant moins en considération la justification de l'existence de la société au profit du droit des obligations, cette jurisprudence s'en rapproche à nouveau sous l'angle de la conséquence de la solidarité pour le contrat commercial.

368. Hormis cette présomption simple, les modalités émanent de l'article 1872-1 du Code civil : les agissements au vu et au su des tiers et l'immixtion. Cette dernière modalité est définie par la jurisprudence comme étant « *une participation continue à la direction de la société et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* »[1266]. La jurisprudence pose le principe de la révélation active[1267], la simple « *divulgation de leur*

[1265] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, p.277 : « *dès lors que le débiteur est informé de la création et de l'organisation du groupement constitutif, sauf stipulation contraire, d'une société en participation* ».

[1266] à propos d'une SARL, CA Paris 11 juin 1987, Joly, 1987, p.719.

[1267] P. Moretti, note sous Cass Com 15 juillet 1987, Les Petites Affiches, 5 octobre 1987 : « *l'emploi par le texte des termes agir et s'immiscer traduit la nécessité de relever des actes déterminés et propres au participant en cause. A défaut, sa responsabilité ne peut pas être recherchée* ». J.-J. Caussain et Alain Viandier, note sous Cass Com 15 juillet 1987, JCP, Ed.E., 1987, n°16959 : « *cette révélation ne saurait résulter d'une divulgation de la participation par l'un d'eux agissant contre le gré ou à l'insu des autres* ». P. Didier, note sous Cass Com 15 juillet 1987, Revue des Sociétés, 1988, p.70. J. Honorat note sous Cass Com 15 juillet 1987, Defresnois, 1988, p.609 : « *l'engagement personnel des associés ne saurait être déduit d'un comportement implicite de leur part….* »

C. Champaud et P.Le Floch note sous Cass Com 15 juillet 1987 RTD Com 1988 p.67 : les tiers « *traitent avec* » le gérant « *seul et le fait qu'il leur révèle avec qui il a partie liée ne suffit pas à établir un lien de droit entre les participants et les tiers en cause* » ; P. Petel, note sous Cass Com 15 juillet 1987, JCP, 1988 II n°20958

Cet arrêt de la Cour de cassation infirme l'arrêt de la CA Lyon 20 décembre 1985 (note Y. Reinhard, D 1986 jurisprudence p.299 : « *les participants deviennent l'otage du gérant* »), arrêt d'appel de T Com Lyon 16 janvier 1984 (note Y. Reinhard, Revue des Sociétés, 1984, p.536 : « *le gérant avait à de multiples reprises dévoilé l'existence de la société à un organisme financier : les statuts lui avaient été adressés, et le gérant avait même publié dans un journal d'annonces légales un avis de convocation de l'assemblée générale de la société ; en*

participation contre leur gré » ne suffisant pas[1268]. Il s'agit pour eux d'extérioriser leur volonté d'exploiter en commun l'activité sociale[1269], par exemple, grâce aux courriers commerciaux[1270], de mettre en place un « *formalisme volontaire »*[1271]. En conséquence, les participants « dévoilés » ne sont responsables que des dettes nées après la révélation[1272], quitte

---

revanche, les participants non gérants n'étaient pas intervenus dans la négociation financière et ne s'étaient pas davantage fait connaître de l'organisme bancaire ».

Cass Com 9 juillet 1996, Joly, 1052, note P. Le Cannu : « *la Cour de cassation avait considéré que cette « révélation » (passive) ne suffisait pas à engager les associés qui n'avaient pas participé à la négociation ».*

Cass Com 13 janvier 1998 (affaire Régine Deforges contre Sté Edition Denoël), Droit des Affaires, 1998, n°13 p.343, JCP, Ed. G., 1998, PAN n°1490 p.413 : « *la Cour d'appel a constaté que l'impression du nom du coassocié sur l'ouvrage et la mention d'un copyright commun ne pouvaient être considérés comme générateurs d'obligations au regard du droit des sociétés, d'autant que le cessionnaire des droits n'avait pas fait apport du contrat d'édition à la société en participation ».* Et le professeur Thierry Bonneau, note sous Cass Com 13 janvier 1998, Droit des Sociétés, 1998, n°75, rappelle qu'on « *doit toutefois relever les dispositions de l'article L132-16 alinéa 1 du Code de la propriété intellectuelle aux termes duquel «* l'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ou par voie d'apport en société, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir au préalable obtenu l'autorisation de l'auteur » ».

1268 M. Cozian et A. Mingat, note sous Cass Com 26 novembre 1996, JCP, Ed. E., 1997, 639 à propos d'une société en participation qui fut immatriculée en société anonyme quatre jours après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire; Cass Com 26 novembre 1996, Droit des Sociétés, 1997, n°25, note T. Bonneau : « *l'immatriculation est intervenue à une date postérieure à la mise en redressement judiciaire de la société alors même que le défaut d'immatriculation aurait dû être un obstacle à l'ouverture de cette procédure collective, seuls les associés pouvant éventuellement faire l'objet d'une telle procédure ».* Voir D. Gibirila, note sous Cass Com 26 novembre 1996, JCP, 1997 II n°22904 : « *la Cour de cassation a estimé que la révélation de la société en participation à un tiers ne saurait résulter d'une attitude passive de la part des associés, mais d'un acte positif. Elle doit être le fait de l'ensemble des membres pour qu'ils soient engagés envers les créanciers avec lesquels ils n'ont pas personnellement traité et non résulter d'une divulgation par l'un d'eux agissant contre le gré ou à l'insu des autres ».* J. Honorat, note sous Cass Com 26 novembre 1996, Defresnois, 1997, p.667 ; Cass Com 26 novembre 1996, D 97 sommaire 230, note J.-C. Hallouin : « *si la société est révélée, tous les associés sont obligés. Rappelons au passage que la société créée de fait comme la société en participation peut être révélée à certains tiers et pas à d'autres » ;* Maurice Cozian et Alain Viandier, *Droit des sociétés,* 16ème édition Litec, 2005, n°260, p.104 : « *les juges auraient dû caractériser les actes personnels des associés permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associés au vu et au su des tiers ou qu'ils s'étaient immiscés dans le contrat passé par le représentant de la société, leur faisant croire qu'ils entendaient s'engager à leur égard ».*

C.Goyet, « L'article 1872-1 du Code Civil s'applique-t-il aux situations informelles », D 1998 chronique p.37 : *« lorsque les associés ont voulu agir de façon occulte, la disparition de la protection dont chacun a entendu s'entourer suppose une action, une attitude commune à tous les associés… L'associé, selon des formules célèbres devient l'artisan de sa propre révélation. Il n'est plus l'otage du gérant ».*

P. Petel, « La révélation aux tiers de la société en participation », JCP, Ed. E., 1987.I.16369 : « *la simple connaissance de la participation acquise par une divulgation extérieure aux associés ne comporte évidemment pas une telle signification »,* à savoir la manifestation de leur volonté de faire de s'obliger. « *C'est pourquoi elle est sans effet sur l'engagement de ces derniers à l'égard des tiers ».*

1269 P. Serlooten note sous Cass Com 26 novembre, 1996, Joly, 1997, n°50, p.149

1270 A. Viandier et J.-J. Caussain note sous Cass Com 14 juin 1994, JCP, Ed. E., 1995.I.n°14 ; T. Bonneau, note sous Cass Com 14 juin 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°186 : « *courriers adressés à la société en participation et bordereaux de sinistre transmis à l'assureur » ;* J.-F. Barbieri, note sous Cass Com 14 juin 1994, Joly, 1994 p.1003

1271 A. Picand-L'Amezec, « L'obligation des associés en participation envers les tiers », Revue des Sociétés, 1990, p.567

1272 P. Petel, « La révélation aux tiers de la société en participation », JCP, Ed. E., 1987.I.16369 : « *commune à tous les participants, la révélation peut fort bien être limitée à certains tiers, la participation restant occulte aux yeux des autres. De même la révélation sera sans effet sur les créances nées antérieurement et n'engagera les participants que pour l'avenir ».*

à entraîner leur mise en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires[1273]. En principe, « *chaque associé doit être en quelque sorte l'artisan de sa propre révélation »*[1274]. Dans les années quatre-vingt, cette affirmation n'est pas sans poser un problème à la doctrine : peut-il y avoir révélation effectuée par une autre personne que le participant lui- même ? Il est possible ainsi de s'interroger sur le rôle en la matière du chef de file de la participation[1275]. Cette nécessité pour les tiers de prouver la révélation voulue par les participants est une remise en cause implicite du caractère social de la société en participation[1276]. En effet, il leur appartient de démontrer l'existence du contrat quand bien même ils en connaissent la réalité. « *A la sécurité des tiers, la Cour de Cassation paraît actuellement préférer celle* [personnelle] *des associés eux-mêmes »*[1277] et non de la société proprement dite.

369. Pour éviter d'apparaître au vu et au su des tiers, il suffit de faire coexister société en participation et convention de prête-nom. La société en participation n'est pas en elle-même une convention de prête-nom. Mais le deuxième contrat peut renforcer le premier. Si la simulation a généralement une cause illicite, elle ne l'est pas toujours : « *les parties peuvent avoir des raisons de tenir secret leur contrat bien qu'il soit licite »*[1278]. La convention de prête-nom, simulation visant à cacher la personne, a pour objet de dissimuler en effet la qualité d'intermédiaire au cocontractant. Certes, entre les parties l'acte secret s'impose, acte qui devra être prouvé si nécessaire. L'intérêt de l'opération repose sur l'aspect extérieur, une

---

[1273] Cass Com 14 juin 1994, JCP, Ed. E., 1995.I n°14 ; P. Le Cannu, note sous Cass Com 14 juin 1994, Defresnois, 1994, p.1229 : « *tout se passe comme si la société en participation avait permis de mettre en redressement judiciaire une personne qui normalement n'y est pas soumise »*, à savoir un agent d'assurance avant la loi du 26 juillet 2005.

[1274] X. Blanc-Jouvan, « La révélation aux tiers de la société en participation », RTD Com, 1959, p.649.

P. Petel, « La révélation aux tiers de la société en participation », JCP, Ed. E., 1987.I.16369 : « *la révélation de la participation résulte bien d'un comportement et non pas nécessairement d'une manifestation de volonté expresse. L'ensemble des auteurs se prononce en ce sens »*, [Ms Chartier, Foyer et Jeantin, cités par l'auteur], « *et cette solution s'impose en effet au regard des termes utilisés par la loi… Il est vrai que les participants ne doivent pas être engagés à l'égard des tiers contre leur gré ou à leur insu, par la seule imprudence ou la seule malveillance de l'un d'entre eux. Ils sont protégés contre ce risque si l'on retient les conclusions auxquelles nous sommes parvenu* [ce qui amène à une révélation par le participant avec un comportement constitutif d'une telle révélation, à savoir un agissement] *en ce qui concerne l'auteur de la révélation »*.

[1275] J. Foyer, « La réforme du titre IX du livre III du Code civil », Revue des Sociétés, 1978, p.1 : la révélation, selon cet auteur, pouvait aussi émaner de « *l'attitude du ou des gérants qui révèle la convention »*.

Y. Guyon, *Droit des Affaires*, Economica, 1980, n°525, p.478 pour qui l'action des tiers contre les participants est dépendante d' « *une initiative du gérant ou des associés »*.

[1276] P. Petel, note sous Cass Com 15 juillet 1987, JCP, 1988 II n°20958 : pour cet auteur « *la solution jurisprudentielle est contraire à l'esprit de l'article 1872-1alinéa 2. L'engagement des associés dans l'hypothèse visée par ce texte s'explique par le fait que leur comportement manifeste aux yeux des tiers leur volonté de s'obliger, ou du moins en crée l'apparence. Or cette manifestation de volonté ou cette apparence peuvent aussi bien résulter d'une abstention en connaissance de cause que d'un acte positif. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la jurisprudence antérieure à 1978 admettait que la révélation pût résulter d'un comportement passif »*.

[1277] J. Honorat, note sous Cass Com 15 juillet 1987, Defresnois, 1988, p.609.

[1278] A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, Domat, Droit Privé, 13ème édition, 2012, n°287, p.229.

sorte de « mandat » conclu entre le prête-nom et les participants de la société en participation. « *Si le prête-nom remplit bien son rôle, celui qui le manipule ne devrait pas apparaître aux yeux des tiers »*[1279], en application de l'article 1321 du Code civil[1280]. Grâce à la simulation, s'impose le respect de l'anonymat. « *L'inopposabilité de l'acte secret serait une application de l'idée d'apparence. L'inopposabilité vise à protéger les tiers trompés par l'apparence créée par l'acte ostensible »*[1281]. En outre, les tiers de bonne foi et uniquement eux, peuvent se prévaloir de la contre-lettre ou de l'acte ostensible. *« La contre-lettre peut donc être opposée aux tiers qui, au moment où ils ont traité, avaient connaissance de la simulation par un moyen quelconque »*[1282]. Cette situation a une conséquence contradictoire lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'une société en participation : le tiers qui n'a pas connaissance de la simulation n'est plus protégé, contrairement au droit commun des obligations. Il en résulte une situation inversée au détriment du tiers de bonne-foi, par rapport au droit commun ; celui qui connaissait l'existence de la contre-lettre pourra se retourner contre le participant, celui-ci agissant dès lors au vu et au su du premier.

2° Le correctif de la théorie de l'apparence

370. Le problème se pose lorsque la société en participation n'a pas été « constituée » en tant que telle mais, alors que les participants ont bien conscience d'avoir créé une structure sans personnalité morale, a été intitulée « société créée de fait ». Ceci est le cas de certains pools bancaires ou de sociétés établies dans le cadre d'un pacte d'actionnaire[1283]. Peut-elle faire bénéficier dès lors les tiers de la théorie de l'apparence ? « *Les tribunaux n'appliquent ... pas souvent la théorie de l'apparence à la société en participation »*[1284]. Cette théorie, création prétorienne – error communis facit jus - s'applique aux sociétés créées de fait, qui pour

---

[1279] P. Le Cannu, note sous Cass Com 11 juillet 1988, Joly, 1988, p.664.

[1280] Article 1321 du Code civil : « *les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers »*.

[1281] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit Civil- les obligations,* Droit Privé, Précis Dalloz, 9ème édition, 2005 n°551, p.540.

[1282] Ibidem.

[1283] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p. 143 : « *il s'agit de se demander si les tiers peuvent se prévaloir de l'apparence pour faire appliquer le régime juridique du contrat de société en participation, lorsque ladite société qui consolide un pacte d'actionnaires est dépourvue des conditions requises par le contrat de société. La question pourrait par exemple se poser dans une situation où certaines parties agissant de concert vis-à-vis d'une société cible, se comporteraient comme des associés en participation en l'absence même de tout contrat de société en participation les liant. Force est de constater que, d'une manière générale, lorsqu'il s'agit pour des tiers de prouver l'existence de la société, la jurisprudence, par faveur à leur égard, se satisfait de l'apparence »*.

[1284] M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465.

certaines sont structurellement des sociétés en participation mal qualifiées par les participants au contrat, et ainsi par ricochet à ces dernières. « *L'apparence se définit communément comme ce qui paraît aux yeux et par la suite, l'aspect extérieur et visible d'une institution juridique »*[1285]. L'apparence implique *« la réunion de signes extérieurs par lesquels se manifeste un état »* [1286]. L'apparence suffit à faire produire des effets au bénéfice des tiers, qui ignorant la réalité juridique, ont pu légitiment commettre une erreur d'appréciation.

371. Par principe, « *les créanciers sociaux peuvent se prévaloir de la théorie de l'apparence lorsque l'acte passé par le représentant de la société a paru nécessaire à la réalisation de l'objet social »*[1287]. La théorie de l'apparence a donc pour effet de rendre applicable le droit des sociétés au profit desdits créanciers, y compris l'engagement de la responsabilité des participants[1288] ; encore faut-il une extériorisation d'un comportement social[1289]. Or, l'apparence peut aussi porter, non pas sur le comportement social, mais sur l'existence d'un patrimoine social : l'apparence *« n'évoque plus de relations juridiques entre associés, mais*

[1285] S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003 p.305, n°713 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2000.

[1286] S. Vacrate, idem ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2000.

[1287] D. Gibirila, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », Defrénois, 1998, p.625 qui ajoute : « *les actes effectués par le gérant en dehors de l'objet social peuvent engager la société, si celle-ci les a préalablement autorisés ou postérieurement ratifiés ».*

Voir aussi J.-F. Barbieri note sous Cass Com 15 novembre 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.33 : « *toutes les raisons de penser que le tiers avait à faire à des associés ayant d'identiques pouvoirs et d'identiques responsabilités ».*

[1288] Cass Com 16 juin 1998, RJDA, 10/98, n°1113 ; voir aussi M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465 : « *la théorie de l'apparence est ensuite devenue un mécanisme créateur d'obligation ».*

Cass Civ 2ème 22 mai 2008, Joly, 2008, n°183, note B. Dondero à propos d'une société créée de fait : les protagonistes qui avaient laissé prospérer l'apparence d'une société entre eux *: « le comportement consistant à laisser prospérer une apparence de société est ainsi sanctionné par l'exécution du jugement rendu contre cette société fantôme, exécution pesant sur les auteurs du comportement susvisé. En somme, si le fantôme de société, dépourvu d'autonomie juridique, est condamné, ce sont ceux qui l'animent qui supporteront les conséquences de la condamnation de leur créature. Ce pourrait être là une application de la responsabilité civile pour faute, mettant en œuvre une sanction originale, voisinant la réparation en nature. C'est avant tout le moyen de donner effet au jugement portant condamnation d'une société sans personnalité morale, qui ne peut pas être exécuté contre cette société, incapable et dépourvue de patrimoine. Il peut cependant être exécuté à l'encontre de ses associés ou de ceux qui avaient l'apparence d'associés ».*

[1289] A. Picand-L'Amezec, « L'obligation des associés en participation envers les tiers », Revue des Sociétés, 1990, p.567 : *« si un créancier parvient à prouver l'existence de la société, cela ne suffit pas à modifier l'étendue de ses droits, car l'extériorisation de la société n'est pas à elle seule source d'engagements individuels. Il doit apporter la preuve d'un comportement générateur d'obligations ».*

Cass Civ 1ère 13 octobre 1987, Joly, 1987, n°329, p.796 : « *la volonté de deux parties de s'associer est caractérisée lorsqu'une d'entre elles apparaît comme associée aux yeux des tiers et met à la disposition commune un local professionnel et une partie de sa clientèle. Ces éléments constituent un contrat de société, représentatif d'une société créée de fait ».*

seulement un patrimoine distinct de celui des personnes qui auront été perçues comme des dirigeants sociaux »[1290].

372. La théorie de l'apparence est mise en œuvre pour protéger les tiers[1291] mais non les participants au contrat de société en participation[1292]. Il est dès lors permis d'invoquer parfois « *l'apparence trompeuse* »[1293]. Comme il leur est difficile de prouver les éléments constitutifs d'une société (affectio societatis, apports et partage des bénéfices ou des pertes), la jurisprudence les oblige qu'à ne démontrer qu'une « globalité »[1294]. « *Cette forme d'appréciation réalise un allégement sensible de la charge de la preuve* »[1295]. Dès lors, intervient un basculement de la théorie de l'apparence à la notion d'apparence[1296]. Il en résulte une obligation du participant à l'égard du tiers. « *La personne qui crée à l'égard d'un tiers, l'apparence d'une société, dont elle serait l'un des associés, est tenue de l'obligation envers ce tiers* »[1297]. Dès lors est pointée « *l'apparence de volonté* »[1298] de se comporter comme des associés. L'état d'esprit est proche de celui de l'immixtion visée par l'article 1872-1 alinéa 2 Code civil. Pour autant « *la jurisprudence qui autorise le contractant d'un associé de fait à montrer qu'il a cru légitimement que ce dernier n'était pas seul engagé est à*

[1290] M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465.

[1291] B. Saintourens, note sous Cass Com 15 novembre 1994, Joly, 1995, p.53 : en l'occurrence, un représentant de commerce salarié a été considéré comme associé car il avait personnellement signé des courriers et devis ; « *quand on pense que, si l'on avait imposé au demandeur la preuve d'un seul des caractères fondamentaux de la société, il aurait certainement échoué dans son action, la légitimité de la référence à la simple apparence de société appréciée globalement apparaît de moins en moins évidente* ».

[1292] Si celui qui agit en justice pour faire reconnaître l'existence d'une société est l'un des participants au contrat de société en participation, il doit « *dépasser le stade de l'apparence* », J.-M. de Bermond de Vaux, « L'empire des faits et l'émergence de la notion de société », D 1996 chronique p.185.

[1293] M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465 : « *la théorie de l'apparence trompeuse suppose que les éléments de la réalité juridique soient cachés parce qu'ils sont occultés par un élément visible contraire* ».

[1294] D. Gibirila, note sous Cass Com 16 juin 1998, Defrénois, 1999, p.415 : « *quand le demandeur est un tiers, notamment un créancier, la preuve par tous moyens est admise, car la société, indépendamment de son objet, demeure à son égard un fait juridique. Néanmoins, la jurisprudence n'impose pas dans ce cas, la preuve des trois éléments constitutifs du contrat de société, de sorte que l'intéressé peut se contenter de démontrer qu'en raison d'une apparence, il a cru de bonne foi à l'existence d'une société créée de fait et donc que l'associé avec qui il a contracté agissait pour le compte de cette dernière. L'apparence de la société s'apprécie globalement, indépendamment de la révélation de ces divers éléments* ».
Voir aussi J. Vallasan, note sous Cass Com 29 mars 1994, Joly, 1994, n°189 p.665 à propos d'associés qui exerçaient leur activité commerciale sous une même enseigne : « *il est dès lors intéressant de remarquer que par l'apparence de la société de fait, les tribunaux n'exigent plus des interlocuteurs des entreprises qu'ils s'interrogent sur la qualité juridique de leur partenaire économique. L'apparence matérielle prime l'apparence formelle* ».

[1295] M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465.

[1296] S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, p.88, n°204.

[1297] Cass Com 30 mai 1989, RJF, 1989, p.539.

[1298] A. Danis-Fatôme, *Apparence et Contrat*, LGDJ, 2004, p.311, n°514 : « *la jurisprudence atteste la véracité d'une telle opinion puisque certains arrêts se fondent sur le «* comportement apparent et public des associés *».*
Voir aussi CA Lyon 20 décembre 1985, D 1986 J 299, note Y. Reinhard et Cass Com 15 juillet 1987, JCP, 1988. II 20958 note P. Petel.

cet égard moins restrictive, ce qui signifie qu'elle ne fait pas application de l'article 1872-1 du Code civil qui reste le propre de la société en participation »[1299]. Certes, cette jurisprudence, que certains trouvent par ailleurs trop favorable aux cocontractants[1300], est effectivement plus immédiatement applicable à la société créée de fait qu'à la société en participation. En effet, cette dernière se caractérise par un caractère contractuel très fort, caractère contractuel inconscient, voire inexistant, dans la société créée de fait. Il n'apparaît dans le cadre de cette dernière que par la pratique des associés mise en exergue, soit par l'un d'entre eux, soit par un tiers cocontractant. Dans le cadre d'une société en participation les articles 1134 et1165 du Code civil contrecarrent la théorie de l'apparence, du moins lorsqu'elle est ostensible. Quand la société en participation est non révélée, il nous semble que la théorie de l'apparence retrouve son intérêt. Le contrat étant inconnu des tiers, si ce dernier estime qu'un participant se comporte comme un associé, soit il utilise l'article 1872-1 du Code civil, soit il fait référence à la théorie de l'apparence.

373. Seule, l'administration fiscale se doit de prouver en principe l'existence de la société et la qualité d'associé de cette dernière, bien qu'il existe une jurisprudence plus clémente[1301]. Hormis le cas de l'administration fiscale, « *l'apparence serait une extériorisation matérielle de l'activité qui permet aux tiers de se dispenser d'investigations supplémentaires* »[1302].
Ainsi, « *l'apparence d'une société de fait s'apprécie globalement indépendamment de l'existence apparente de chacun de ces éléments* »[1303]. Il en résulte d'une part que disparaît pour le créancier « *l'obligation de se renseigner* »[1304] sur ses cocontractants[1305]. D'autre part, ce n'est pas le comportement des « associés » qui importe en l'espèce, bien que son comportement soit aussi analysé[1306], mais « *la croyance erronée du tiers* »[1307] de bonne foi et non des tiers[1308] et a fortiori des participants eux-mêmes[1309].

[1299] A. Danis-Fatôme, *Apparence et Contrat,* LGDJ, 2004, p.316, n°522.
[1300] P. Le Cannu, *Droit des sociétés,* Montchrestien, 2003, n°1385, p.845 et 846.
[1301] CE 22 avril 1992 n° de pourvoi 72934, RJF, 1992, p.257.
[1302] J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion de l'apparence en droit commercial,* thèse Montpellier, 1959, n°129.
[1303] CA Paris 2 février 1983, Revue des Sociétés, 1984, p.542 : « *si l'acceptation ou l'aval par un individu d'un certain nombre de lettres de change émises au bénéfice d'un créancier n'est pas, à elle seule, de nature à établir l'engagement principal pris par cet individu à l'égard de ce créancier, elle vient néanmoins corroborer l'ensemble de présomptions précises et concordantes qui résultent des autres documents de la cause et qui permettent de dire que cet individu s'est comporté à l'égard du créancier comme codébiteur* ».
[1304] Par principe, dans le monde des affaires, les contractants doivent se renseigner avant de conclure le contrat. A défaut, « *les individus lésés ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes ; ils sont, au premier chef, les auteurs de leur propre dommage* », selon E. Garaud, note sous CA Paris 4 avril 1997, Joly, 1997, p.681 à propos de fonds apportés avec légèreté à une société en participation. Les créanciers tentèrent, vainement, d'engager la responsabilité du banquier, auprès duquel était ouvert le compte courant de la société.
[1305] C. Philippe, note sous CA Paris 2 février 1983, Revue des Sociétés, 1984, p.542.
[1306] Cass Com 3 novembre 1989, Revue des Sociétés, 1990, p.242, note J. Prieur.

374. Quant aux associés apparents, si l'objet de l'organisation est commercial, la solidarité leur sera opposable[1310], comme une véritable société commerciale. L'apparence de société entraîne l'apparence d'associé[1311]. Il s'agit dès lors de la qualification de la possession d'état d'associé[1312]. Normalement, « *les juges parlent de « possession publique, notoire et non contestée. Ils recherchent également la possession publique et paisible et insistent sur la durée de la situation. La jurisprudence rejette* [habituellement] *les effets de l'apparence lorsque la possession est insuffisante »* [1313]. Mais dans le cadre d'une société créée de fait, en raison de la substance même de cette dernière, « *il apparaît clairement que les deux caractères de la possession d'état ne peuvent pas être rapportés. Le phénomène et la définition de la société créée de fait excluent naturellement les critères de continuité et d'absence de vice équivoque qui forment la possession d'état »*[1314].

En outre, « *selon cette jurisprudence, l'apparence d'une société pourrait être révélée par le seul comportement d'un associé apparent. Ce glissement du collectif au singulier se trouve corroboré par l'appréciation qui est parfois faite en justice de l'élément « moral » ou « psychologique » de l'apparence »*[1315]. Pourtant cette jurisprudence ne protège pas de façon absolue les tiers, car elle est inapplicable dans le cadre des procédures collectives[1316].

1307 T. Bonneau, note sous Cass Com 15 novembre 1994, Droit des Sociétés, 1995, n°23 : « *le comportement de ceux qui sont à l'origine de la croyance erronée des tiers importe moins que la croyance elle-même ; ceux-ci ne sont pas obligés parce qu'ils ont commis une négligence ou une imprudence constitutive d'une faute, mais parce qu'un ensemble de faits a fait naître une croyance erronée chez des tiers … seule compte l'erreur individuelle »*.

1308 A. Danis-Fatôme, *Apparence et Contrat*, LGDJ, 2004, p.312, n°518.

1309 Cass Civ 1ère 3 juin 1987, RJDA, 10/97, n°1203.

1310 Cass Com 3 novembre 1988, Joly, 1989, p.87 à propos de l'apparence d'une société créée de fait entre époux et Revue des Sociétés, 1990, p.242, note J. Prieur.

1311 S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, p.318, n°750 : « *la cristallisation du contentieux de la société créée de fait autour de la personne de l'associé plutôt que la société elle-même, opère un glissement vers la théorie de l'associé de fait. Il s'agit alors de rechercher la caractérisation du comportement et des attitudes, propres à un associé, plutôt que les caractéristiques de la société elle-même »*.

1312 S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, p.319, n°752 et G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* Association H. Capitant, PUF, 2000 : « *la possession d'état est définie de façon classique comme la situation de celui qui exerce en fait les prérogatives attachées à un droit et se comporte comme son véritable titulaire »*.

1313 S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, p.322 et 323, n°760 et 763 : « *fort logiquement, la naissance du lien social doit correspondre à la naissance de la société. Or, ce lien social est présumé à partir d'un simple événement, comment déterminer avec précision à quand remonte le début de la relation sociale ? …. La possession d'état doit être paisible et non équivoque… En matière de filiation, si cette qualité s'impose naturellement car un enfant ne peut avoir qu'une seule mère et que l'existence d'une possession d'état d'enfant exclut forcément les autres, ce n'est pas le cas des associés qui peuvent être associés de plusieurs sociétés à la fois. Ainsi le fait qu' un individu soit déjà associé de plusieurs sociétés à la fois. Ainsi le fait qu'un individu soit déjà associé d'une société n'exclut pas la possibilité pour lui d'être qualifié d'associé de fait d'une société créée de fait »*.

1314 Ibidem

1315 J.-F. Barbieri, note sous Cass Com 15 novembre 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.33.

1316 H . Temple, note sous Cass Com 16 décembre 1975, D 1978 jurisprudence 292 : « *Monsieur le professeur Calais-Auloy a imaginé une théorie séduisante reposant sur la théorie de l'apparence. Abusés par l'apparence*

Cette interprétation jurisprudentielle peut entraîner une confusion entre ce qui est une société et ce qui est né de contrats de collaboration[1317]. Elle finit par transformer de tels contrats en pseudo-sociétés, au détriment de toutes ces conventions. « *L'apparence a un rôle créateur de droit puisqu'elle produit les mêmes effets que le droit ou que l'état lui-même »*[1318].

Certes, l'instabilité de la société émane de l'absence d'organisation de relations structurées avec les tiers, mais aussi de défauts organisationnels.

Section 2 : Les défauts organisationnels

375. Ils sont évidemment liés à l'absence de personnalité sociale. Car le contrat de société en participation pose la problématique du patrimoine social et, plus exactement de son absence, mais aussi de la détermination de la notion de société : société-contrat, société-institution[1319]. C'est la société en participation qui correspond le plus à la société-contrat, comme nous l'avons déjà constaté.

L'absence de personnalité morale, et surtout de patrimoine social, apparaît pour l'établissement de rapports contractuels stables avec les tiers, voire même avec les associés, comme un défaut organisationnel à combler par les dirigeants. Il en résulte une conséquence patrimoniale pour

---

de la personnalité morale qu'a revêtue la société de fait, les tiers invoqueraient cet ectoplasme de la personnalité et le juge en tirerait toutes les conséquences comme si cette personnalité existait. La société apparente pourrait être mise en état de règlement judiciaire (J. Calais-Auloy, note sous CA Paris 25 février 1972, D 1972 J 525). Cette solution déjà admise dans les pays anglo-saxons (« corporation by estoppel ») et en Belgique a le grand mérite de sauvegarder la règle de l'article 5 de la loi de 1966. Monsieur Calais-Auloay admet lui-même, toutefois, que la théorie de l'apparence ne résout pas toutes les difficultés pratiques. En effet, la société de fait révèle fréquemment au public sa nature véritable et il sera, dès lors, difficile aux créanciers d'invoquer une apparence trompeuse ».

[1317] J.-F. Barbieri, note sous Cass Com 15 novembre 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.33 : « *il serait excessif que puisse être tenu de la même façon celui qui aurait acquis l'apparence d'associé de fait à l'égard d'un tiers isolé, sans avoir personnellement contracté ni s'être immiscé dans l'exécution du contrat : le recours à l'apparence doit demeurer exceptionnel, si l'on veut éviter la dilution des concepts* ».

[1318] S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, p.314, n°735.

Voir aussi M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465 : « *le jeu de la théorie de l'apparence doit correspondre à l'alternative suivante : soit la réalité juridique qui fait défaut est aisée à caractériser, auquel cas il devient acceptable de croire en son existence au vu de ce qui n'est pourtant que l'apparence d'un de ses éléments d'extériorisation. Soit la réalité juridique en cause ne se caractérise pas facilement, auquel cas il ne faut pas se contenter de l'apparence d'un fragment de réalité supposée pour conclure aussitôt à son existence. En matière d'apparence de société créée de fait, accorder peu de place aux éléments matériels de l'apparition et se contenter de caractériser une erreur légitime, présente un risque : accueillir trop largement le jeu de la théorie de l'apparence, alors que les faits à l'origine de l'erreur ne présentent pas un minimum de vraisemblance et de concordance* ».

[1319] C.Ducouloux-Favard, « Notes de leçon sur le contrat social », D1997 chronique p.319 .

les associés : « *les associés de la société de fait s'engagent envers les créanciers de cette société et en sont les débiteurs directs »*[1320]. Encore faut-il que ces associés se soient faits connaître des tiers[1321]. Mais, outre cette conséquence individuelle, l'absence de patrimoine social impacte nécessairement la vie de la société elle-même. Ce sera l'objet du premier paragraphe.

376. Nous pouvons constater, notamment dans les contrats de travaux publics, la position centrale du mandataire, chef de file de la société en participation. Son positionnement entraîne forcément une éventuelle mise en jeu de sa responsabilité. Or le défaut organisationnel né de l'absence de personnalité morale va intensifier les risques pesant sur le chef de file, plus nettement depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2008. C'est cette situation que nous envisagerons dans le deuxième paragraphe.

§I) L'absence de patrimoine social

377. *« Depuis Aubry et Rau, il nous paraît que la notion de patrimoine est liée indissolublement à la notion de personne ; et nous ne concevons de patrimoine collectif que s'il appartient à une personne que nous appelons morale ou juridique, pour la bien situer en dehors de la vie matérielle… »*[1322]. En application de l'article 1842 alinéa 1 du Code civil cette personnalité morale émane, de l'immatriculation. « …*Mais en dehors du droit des biens et des obligations, la vie économique fait naître des entités que le juriste n'a pas le droit d'ignorer, entités qui ne sont ni propriétaires, ni créancières, ni débitrices, mais qui jouent cependant un rôle juridique. Peut-être au bas de l'échelle faut-il reconnaître ce caractère à*

[1320] Cass Com 30 mai 2007 n° de pourvoi 06-13767 à propos d'une société créée de fait agricole.

[1321] Cass Com 16 octobre 2007 n° de pourvoi 05-19756 et 05-19758 : *« chaque associé d'une société en participation contracte en son nom personnel et est seul engagé envers les tiers de sorte que les associés, qui n'ont pas été parties au contrat, n'ont aucune action contre les tiers avec lesquels leur associé a contracté » ;* Cass Com 16 octobre 2007, D 2007.2736, note Y. Rouquet : *« plusieurs associés ont formé une demande en paiement de dommages-intérêts à l'encontre du bailleur, coupable à leurs yeux, d'une part, de ne pas avoir appelé en la cause l'ensemble des membres de la SEP et, d'autre part, de ne pas avoir informé le créancier inscrit de son action en résiliation. Quant à la banque, elle a formé un recours en vue d'obtenir la rétractation de l'ordonnance de référé ayant constaté l'acquisition de la clause résolutoire ».* Le parallélisme est évident : les tiers ne peuvent engager la responsabilité des associés non parties au contrat, en contrepartie de quoi ces associés ne peuvent se retourner contre lesdits tiers.

[1322] J. Hamel, « La personnalité morale et ses limites », DS 1949.I.141. Le professeur Joseph Hamel estime que « *la personnalité morale ne serait plus qu'un attribut juridique attaché à certains groupements ; elle aurait trouvé ses vraies limites en perdant cette importance démesurée que lui reconnaît trop souvent la doctrine moderne ».* Cela ne s'est pas trouvé complètement confirmé par les sociétés en participation.

ces groupements de personnes sans personnalité morale que sont les associations non déclarées et les sociétés en participation ; plus haut dans la vie économique, nous rencontrons l'entreprise ; et dans les sphères les plus élevées se situe le groupe industriel… »[1323]. C'est le législateur lui-même qui rappelle dans ce même alinéa de l'article 1842 du Code civil que les sociétés en participation n'ont pas la personnalité morale en raison de l'absence d'immatriculation. « *Sans doute le contrat de société apparaîtrait-il comme étant le plus souvent à leur origine ; c'est vrai certainement pour les groupements des catégories inférieures… Et peut-être l'étude de ces groupements sans personnalité morale nous conduirait-elle à mieux comprendre la personnalité morale »*[1324]. L'alinéa 2 de cet article indique que « *jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ».* Donc la société en participation, n'étant jamais immatriculée, est et reste un contrat.

Pour le droit des sociétés et le droit civil, le patrimoine et la notion institutionnelle de la société naissent donc de l'apport initial de capitaux et de l'immatriculation de la société. Sans apport, il n'existe pas d'organisation structurée. Sans immatriculation, il n'y a pas de reconnaissance de cet apport.

Or, le contrat de société en participation pose la problématique du patrimoine social et, plus exactement de son absence, mais aussi de la détermination de la notion de société : société-contrat, société-institution[1325]. Elle correspond le plus à la société-contrat, comme nous l'avons vu précédemment, « *soumise à la loi des parties, conformément à l'article 1134 du Code civil »*[1326]. Toutes proportions gardées, elle est aussi un des éléments de réflexion entre les notions d'entreprise[1327] et de société. Tout comme l'entreprise, elle se caractérise par la recherche de souplesse, de flexibilité.

1323 Ibidem.

1324 Ibidem.

1325 C. Ducouloux-Favard, « Notes de leçon sur le contrat social », D1997 chronique p.319 : « *dans la société-institution, il est clair que le pouvoir de gestion n'appartient qu'aux organes de direction ; l'assemblée des associés qui s'exprime par vote à la majorité du capital, n'est plus qu'un contrepoids à la puissance de la direction ».*

1326 C. Ducouloux-Favard, « Les déviances de gestion dans nos grandes entreprises », D1996 chronique p.190 rappelle que « *la qualification de contrat donnée à la société fut une manière, pour le juriste, de consacrer le libéralisme économique de la loi Le Chapelier. En effet, la société, qualifiée de contrat se trouve soumise à la loi des parties, conformément à l'article 1134 du Code civil, comme toute autre convention ».*

1327 L'entreprise, comme la société en participation, n'est pas dotée en tant que telle de la personnalité morale. Pourtant, cette notion, complexe, est fondamentale en droit des affaires. « *La notion de société est ancienne, celle d'entreprise est récente. L'émergence forte de la notion d'entreprise à la vie juridique trouble celle de société, dont on pouvait penser qu'elle était limpide et immuable. Que devient la société quand apparaît l'entreprise ? Sont-elles des notions de même nature ou de nature différente ? Constituent-elles deux notions concurrentes qui s'opposeraient ? Un droit de l'entreprise doit-il concurrencer le droit des sociétés, le subir, le*

378. Mais, la société « purement » contractuelle est inefficiente dans les rapports avec les tiers. L'absence de personnalité morale, et surtout de patrimoine social, apparaît pour l'établissement de rapports contractuels stables avec les tiers, voire même avec les ou entre associés, comme un défaut organisationnel à combler par les dirigeants.

379. Une organisation est soumise à son propre cycle de vie et par ricochet à des éléments de dynamisme. Ce dernier « *va entraîner des changements structurels au sein de l'organisation : complexification croissante, croissance des systèmes d'information, multiplication des niveaux hiérarchiques, alourdissement des procédures de contrôle et dispersion des centres de décision »*[1328]. Lorsqu'elle a atteint son but, son objet social, elle disparaît. Cette disparition est extrêmement rapide lorsque le contrat de société en participation avait un objectif « court terme », telle la production d'un film… Le film produit, l'organisation meurt. Mais qu'en est-il pour des structures plus durables, notamment les joint-ventures ? A cet égard il est indispensable de suivre l'évolution de l'adhocratie. Cette pérénisation de la structure passe souvent par la coexistence d'une joint-venture sans personnalité juridique avec des sociétés ayant la personnalité juridique.

1° L'évolution de l'adhocratie

380. Comme le professeur Alfred Chandler en avait déjà fait le constat, lorsqu'une organisation perdure, elle étoffe sa structure : le besoin de changer ne vient « *pas de la croissance de la taille de l'entreprise en elle-même. Il* [est] *plutôt dû à la diversité et à la complexité croissante des décisions que les cadres dirigeants avaient à prendre. Les recherches révèlent à quel point les procédures de gestion en vigueur, y compris la structure existante de l'entreprise* [ont une influence] *sur les changements de stratégie et d'ordinaire les »* contrarient. *« De même que les réorganisations essentielles de la structure ne sont survenues qu'après une forte crise ou après une série de petites crises connexes étalées sur*

dominer ou l'ignorer ? », selon J. Paillusseau, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » D 1999 chronique p.157.
[1328] C. Ménard, *L'économie des organisations,* La Découverte, Repères, 1997, p.107.

une période de temps beaucoup plus longue, de même les changements stratégiques initiaux dans ces comptes n'ont eu lieu qu'après une modification massive de leurs marchés »[1329].

Lorsque l'adhocratie ne vit que le temps d'un projet à court terme, la question de sa structure ne se pose pas. Toutefois, avec cette forme d'organisation, l'entreprise est mal armée pour combattre dans l'arène des marchés. « *Trois problèmes importants sont associés à la configuration innovatrice : ses ambiguïtés et les réactions des individus qui doivent vivre avec elle, ses inefficiences, et sa propension à se transformer de façon inappropriée en d'autres structures… »*[1330] Adaptée à un projet particulier notamment à l'innovation, l'adhocratie est inefficiente pour les activités ordinaires: « *... Bien sûr une solution au problème d'ambiguïté et d'inefficience est de changer la structure »* [1331] . Ce sont les personnes associées au projet – employés, clients… - qui finissent par « transformer »[1332] la structure en une forme plus stable et plus bureaucratique[1333]. *« Au fur et à mesure qu'elle avance en âge, l'organisation connaît le succès, développe une réputation à propos de ce qu'elle sait le mieux-faire. Ce qui l'encourage à répéter certaines activités, ce qui peut, également, convenir aux employés eux-mêmes, qui prenant de l'âge, peuvent considérer comme bienvenue plus de stabilité dans leur travail »*[1334]. Ainsi, la structure n'échappe pas à la constatation du professeur Alfred Chandler ! Si la société en participation convient à merveille à une adhocratie fondée pour un

---

[1329] A. D. Chandler, *Stratégies et structures de l'entreprise*, Les Classiques EO, Les Editions Organisations, tirage 1994 (2ème impression 1989), préface à la nouvelle édition, juin 1989, p.13. (La conjugaison des verbes est à l'imparfait dans l'écrit original. Mais cette évolution est encore à notre avis actuelle).

[1330] H. Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation novembre 1998, 2ème tirage, 1999, p.313 ; « *de toutes les configurations, l'adhocratie est celle qui respecte le moins les principes classiques de gestion et spécialement celui de l'unité de commandement. Dans cette structure, les informations et les processus de décision circulent de façon flexible et informelle. Et ceci a pour conséquence le débordement d'autorité quand il le faut* », Henry Mintzberg, idem, p.290. Cette constatation correspond à une adhocratie fondée pour un projet ad-hoc, et non par simple choix d'une structure juridique.

[1331] H. Mintzberg, idem, p.314.

[1332] Il ne s'agit pas d'une transformation juridique mais organisationnelle. H. Mintzbert, idem 314 : « *les employés qui ne peuvent plus tolérer l'ambiguïté et les clients qui en ont assez de l'inefficience essayent d'attirer la configuration vers une forme plus stable et plus bureaucratique* ».

[1333] H. Mintzberg, idem, p. 315.

[1334] H. Mintzberg, idem, p.301et 302 : cette remarque a été effectuée par Henry Mintzberg à propos des adhocraties opérationnelles, c'est-à-dire celle qui « *innove et résout des problèmes directement au nom de ses clients. Ses équipes pluridisciplinaires d'experts travaillent, souvent, dans le cadre de contrats comme dans des cabinets de conseil, les agences de création publicitaires ou les fabricants de prototypes d'enginneering* (p.292) : *c'est ainsi que l'adhocratie opérationnelle est conduite au fil du temps vers la bureaucratie professionnelle pour perfectionner les activités dans lesquelles elle excelle, peut-être même,vers la bureaucratie mécaniste pour exploiter une invention. L'organisation survit, mais la configuration est morte* ». Pour autant, il semble que l'on retrouve cette évolution dans bien des adhocraties. En effet, à propos d'adhocratie administrative, celle qui « *entreprend des projets pour se servir elle-même, pour apporter de nouvelles facilités ou activités à sa ligne hiérarchique comme dans la structure administrative d'une grande compagnie hautement automatisée*, [p.293], Henry Mintzberg remarque que « *l'adhocratie administrative vit typiquement plus longtemps. Elle subit également les pressions de la bureaucratisation avec l'âge, qui peuvent l'amener à suspendre tout processus d'innovation ou à innover d'une autre façon stéréotypée et en conséquence à adopter la structure bureaucratique* ». Quant à l'adhocratie temporaire, « *les techniques sophistiqués et automatisés tendent également à conduire les organisations à adopter la forme d'une adhocratie administrative* ».

projet ad-hoc, elle est inadéquate – inefficiente – pour une organisation qui perdure, en raison même de son absence de formalisme et surtout de personnalité juridique et donc de patrimoine social. Car la pérennisation de l'organisation entraîne celle des relations internes, salariales notamment, mais aussi externes, en direction des clients, des fournisseurs, des pouvoirs publics… Ces différents partenaires vont finir par entraîner une routine dans les procédures de travail de la société en participation, par la simple application d'une succession de contrats, de dépôts de documents fiscaux, d'établissements de fiches de paie… Ainsi la répétition de ces relations, notamment avec les tiers, finit par rendre nécessaire le passage d'une société sans personnalité juridique à celui d'une société avec personnalité juridique[1335].

2° La coexistence d'une joint-venture sans personnalité juridique avec des sociétés ayant la personnalité juridique.

381. Le défaut majeur de la société en participation repose sur son principal attrait : l'absence de formalisme, entraînant l'absence de personnalité morale. Or, *« la personnalité morale est le moyen pour un groupement de personnes d'accéder à la vie juridique…*Elle est *une réponse à un besoin en organisation juridique »*[1336]. Il en résulte pour la société en participation l'absence d'une représentation juridique intrinsèque. Le problème se pose déjà lors de la constitution de projets considérables : « *dès qu'il s'agit d'opérations importantes, impliquant une certaine permanence et nécessitant des moyens divers et considérables, leur mise à disposition de la société en participation doit être réalisée en recourant à des « montages » très complexes, consistant, par exemple, dans la constitution d'autres sociétés par les associés en participation (souvent des SNC) ; ces sociétés sont « propriétaires » des actifs nécessaires aux opérations de la société en participation et elles agissent soit pour leur compte, soit en mettant leurs moyens à sa disposition »*[1337]. Dès lors se retrouve le mécanisme des sociétés hybrides chinoises, préalablement étudiées.

Pour cette raison, lorsqu'il s'agit pour elle d'apparaître dans le monde public, ses dirigeants constituent, « naturellement », pour des affaires de grande envergure, une société pourvue de la personnalité morale, et, dans bien des cas, une société de capitaux pour les opérations de production massive. Elle peut faire appel public à l'épargne, ce qui est impossible pour une

---

[1335] La même remarque, voire quelque peu amplifiée, peut être faite pour l'indivision ; voir V. Pironon, *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004, p.239.
[1336] J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale » RTD Civ, 1993, p.705.
[1337] M.-A. Paillusseau, « Les apports à la société en participation », mémoire DJCE, Rennes, 1988 citée par J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD Civ, 1993, p.705.

société en participation. Toutefois, la SNC peut être préférable, notamment pour la société holding, car elle permet de se protéger contre toute immixtion extérieure indésirable.
Nous envisagerons deux modes opératoires, bien que l'ingéniosité juridique se révèle dans ce domaine inépuisable : la constitution en parallèle d'une société de capitaux et la prise de participation conjointe, voire respective, dans le capital des sociétés participantes ou mères.

a) La constitution en parallèle d'une société de capitaux.

382. L'intérêt d'une telle forme sociale réside, certes, dans la possibilité de faire appel public à l'épargne, mais aussi de conclure des contrats de partenariat, de type sous-traitance… Sa personnalité morale lui permet de représenter le groupe.
Prenons comme exemple le groupe Eurotunnel, tel qu'il existait avant la restructuration effectuée en 2007. Deux holdings ont été constitués le 13 août 1986 : une société française Eurotunnel SA et une société anglaise Eurotunnel PLC. « *Ces sociétés holding ont respectivement pour filiales à près de 100 % les deux sociétés opérationnelles France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd, titulaires conjointement et solidairement de la concession pour l'exploitation du Tunnel sous la Manche* »[1338]. Le principe prévu par l'article 13 alinéa 4 du Traité de Canterbury est le « *partage égal du prix de revient du projet et de tous les autres coûts et revenus liés à l'exploitation de la Liaison Fixe entre les entités françaises et étrangères* »[1339]. Cette répartition est la contrepartie de la philosophie de Margaret Thatcher : « not a public penny ». Le traité de Canterbury prévoit expressément que le financement de la Liaison Fixe ne doit pas faire appel à des « *fonds gouvernementaux ou à des garanties gouvernementales financières ou commerciales. En contrepartie, il est stipulé que les concessionnaires disposent d'une entière liberté de gestion* » [1340]. Pour résoudre le casse-tête du financement, la société Eurotunnel SA a été « *constituée le 30 octobre 1985. Son objet principal est de prendre des participations dans les sociétés ayant directement ou indirectement pour objet la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe. Elle détient à ce titre la quasi-totalité du capital de France Manche SA, l'une des deux sociétés*

[1338] Documentation émanant des Relations Publiques de la société Eurotunnel SA.
[1339] Rapport annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, p. 37.
[1340] Article 1er du Traité et article 2 de la concession ; Rapport Assemblée Nationale, séance du 16 juin 1999, p.11. Par la suite, certains ont estimé normal la deuxième prorogation de la concession sur ce motif : « *à la fin de cette dernière, les Etats prélèveront 100 % des bénéfices et 59 % sur ceux que les concessionnaires pourraient commencer à dégager à compter de 2052* », D. Debavelaere, rapporteur.

concessionnaires »[1341] Il en est de même pour son homologue anglaise[1342]. Eurotunnel SA (ESA), société holding du groupe Eurotunnel, « *assure pour le compte des concessionnaires les relations avec les actionnaires »*[1343].

A travers l'exemple d'Eurotunnel, nous pouvons constater l'avantage, voire la quasi-obligation, de constituer des sociétés de capitaux pour remédier à l'absence de personnalité morale, et donc de patrimoine social, de la société en participation, notamment en cas de nécessité d'appel public à l'épargne. Et pourtant, la restructuration de 2007 peut s'expliquer par d'une part les difficultés financières insurmontables du groupe Eurotunnel et d'autre part probablement aussi par celles émanant du montage juridique initial.

.

b) La prise de participation conjointe, voire respective, dans le capital des sociétés participantes ou mères

383. Pour assurer la parfaite cohérence au sein du groupe plusieurs mécanismes juridiques peuvent être mis en place. A côté de la société en participation, peuvent être créées, ou pré-existantes, des sociétés de capitaux. L'astuce consiste alors en des prises de participations conjointes, voire réciproques, dans le capital des sociétés membres de la société en participation. Ainsi, pour le groupe Eurotunnel avant la restructuration de 2007, ESA a « *conclu en 1986 un contrat de structure de sociétés qui prévoit notamment le « jumelage » des actions d'ESA et d'EPLC sous forme d'unités*[1344]*. Dans le cadre des accords* (société en participation et contrat de structure) *il est prévu de partager*[1345] *entre les sociétés françaises et britanniques les coûts et les produits des opérations liées à la conception, au financement, à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe »*[1346]. Les actions, dites jumelées sous forme d'unités, comprenant une action de chacune des deux sociétés, ont été cotées sur les Bourses de Paris et de Londres. « *Les actionnaires de l'une des sociétés sont nécessairement*

[1341] Rapport Annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, Annexe p.92.
[1342] EPLC : Eurotunnel PLC.
[1343] Rapport Annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, Annexe p.92.
[1344] Rapport de Gestion Eurotunnel SA, 2002 : partie sur la structure du capital : « *il est rappelé que chaque action et bon de souscription de votre Société est jumelée respectivement à une action et à un bon de la Société EPLC. Le capital d'ESA est représenté par 2 362 551 actions entièrement libérées, de 0,15 € de nominal, et jumelées à un même nombre d'actions ordinaires d'EPLC, d'un penny chacune, pour former des Unités. Ces Unités sont cotées à la Bourse de Paris, au Stock Exchange de Londres et à la Bourse de Bruxelles. Le cours de l'unité a atteint 0,53 € à la Bourse de Paris, 33 ,75 pence au Stock Exchange de Londres et 0,53 € à la Bourse de Bruxelles, le 6 février 2003 ».*
[1345] Article 19 du contrat de concession.
[1346] Rapport Annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, Annexe p.92.

actionnaires de l'autre et réciproquement »[1347] . L'utilité repose dans l'obligation faite aux actionnaires de s'intéresser financièrement et en termes de gestion à la vie des entreprises, membres de la société en participation. Une cohérence de groupe s'instaure ainsi. Pour autant, la restructuration de 2007 a fait disparaître cette originalité juridique[1348].

L'absence de patrimoine social implique la mise en jeu de montages juridiques pour pallier le défaut organisationnel. Mais cette absence génère aussi un risque majeur pour le mandataire-chef de file de la société en participation.

§II) La responsabilité du chef de file

384. Comme nous l'avons déjà indiqué dans la première partie, le rôle du chef de file est choisi « à façon » par les participants, notamment dans le cadre de marchés de travaux publics. A minima, il peut être cantonné à la simple gestion administrative et comptable. Il peut aussi avoir un mandat général ou spécial, délimité à certaines opérations particulièrement visées dans les statuts. Néanmoins, *« l'absence de personnalité morale écarte la présence d'un dirigeant.*[1349] *»* Sauf à avoir choisi un mandataire non-participant, le mandat consiste à transmettre tout ou partie de la « représentation » extérieure et de la gestion intérieure à un chef de file. Ce dernier agit au profit de l'ensemble des participants, y compris de lui-même, mais en son nom, surtout si la société est non révélée. Pour pouvoir étudier la responsabilité du chef de file, cet état de fait nécessite de qualifier au préalable sa situation.

[1347] M. Cozian et A. Viandier, *Droit des Sociétés*, 11ème édition, 1998, n°1866, p.612.

[1348] L. Chevallard, « Le nouveau groupe Eurotunnel entre en Bourse aujourd'hui », *Les Echos*, 2 juillet 2007 : le nouveau groupe est composé par 93,04% des titres de l'ancien Eurotunnel apportés à l'OPE. Le solde des titres restant a vocation à disparaître : « *la radiation sera effective vers le 27 juillet. Les anciennes structures Eurotunnel SA et Eurotunnel Plc, qui seront jusqu'à cette date côtées sous les sigles TNU SA et TNU PLC pour éviter la confusion avec le nouvel Eurotunnel, ont également vocation à disparaître de l'organigramme* ».

[1349] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques »*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.

1° Le statut du chef de file

385. Par analogie avec les sociétés dotées de personnalité morale, la doctrine classique considère le chef de file comme un mandataire social[1350], car ses pouvoirs sont déterminés, entre autres, dans les statuts de la société en participation. Le mandat, défini à l'article 1984 du Code civil[1351], implique nécessairement qu'il ne peut y avoir de mandant que s'il y a une personne juridique. La jurisprudence n'admet d'ailleurs pas la conclusion du mandat antérieurement à la naissance de la personnalité morale, même dans des situations où l'existence de la personnalité morale ultérieure ne fait que peu de doute[1352]. L'absence de personnalité morale de la société en participation entraîne nécessairement l'absence de mandat au profit de celle-ci. Le chef de file ne peut donc être le mandataire de la société en participation.

386. Peut-il être le mandataire des autres participants ? On peut évidemment envisager des mandats spécifiques, tel celui donné pour la déclaration de créance effectuée dans le cadre des procédures collectives. Mais le chef de file, coparticipant, va aussi exécuter sa mission à son profit. Or, *« le mandataire reçoit le pouvoir d'agir « pour » le mandant. La préposition a une double signification ; elle signifie «* à la place de *» et en ce sens, le mandataire remplace le mandant*[1353] ». Ce début d'explication peut correspondre à la situation d'une société en participation. *« «* Pour *» signifie également «* en faveur de *». C'est pourquoi le mandataire doit agir dans l'intérêt du mandant*[1354] ». Normalement le mandataire ne tire pas de profit personnel de l'opération effectuée au nom du mandant, hormis son éventuelle rémunération, ce qui n'est pas le cas du chef de file d'une société en participation. Toutefois, le mandat d'intérêt commun[1355] permet de pallier cette difficulté. Il s'agit *« d'un mandat de collaboration poussant le mandataire à agir aussi bien dans l'intérêt du mandant que dans le sien propre*[1356] ». L'existence d'un tel mandat entraîne deux éventualités . D'une part, la

---

[1350] Cass Civ 1ère 5 février 1991, Bull Civ I, n°45 : « *le Président d'une association est un mandataire de cette personne morale, dont les pouvoirs sont fixés conformément aux dispositions de la convention d'association* ».

[1351] Article 1984 du Code civil : *« le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat se forme par acceptation du mandataire ».*

[1352] Cass Com 12 février 1991, Bull Civ IV, n° 73 : « *les personnes agissant au nom d'une société en cours de sa période de formation ne peuvent être considérées comme mandataires de la société* ».

[1353] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 5ème édition, 2000, n°640.

[1354] Ibidem.

[1355] T. Hassler, *L'intérêt commun,* RTD Com, 1984, p.581, spécialement 602 : « *il est nécessaire que le mandataire ait un intérêt dans la réalisation même du mandat* ».

[1356] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°673.

révocation n'est plus libre, et il faut, en vertu de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil, *« s'assurer de l'accord des parties*[1357] *»* lors d'une dissension mutuelle. D'autre part, il convient de mette en avant une cause légitime de révocation tenant à la réorganisation des services du mandataire. L'affectio contractus joue alors son plein rôle. Enfin, le mandataire agit au nom du mandant[1358] : *« il agit ouvertement en tant que tel »*[1359]. Le mandat implique dès lors la divulgation du nom des participants, ce qui n'est pas compatible avec une société en participation non révélée ou même ostensible. Face aux contractants du chef de file, les coparticipants, en vertu de l'effet relatif des contrats, ne sont que des tiers.

Cette situation explique que le professeur Jean-Patrice Storck considère que « *la situation est plus proche du contrat de commission, dans lequel le commissionnaire agit en son nom mais pour le compte d'autrui, avec cette nuance que l'associé agissant le fait en outre pour son compte »*[1360]. En effet, des similitudes peuvent être observées entre la situation du chef de file et celle du commissionnaire, défini aux articles L132-1 et suivants du Code de commerce[1361]. Ce dernier agit pour le compte d'un autre commerçant mais en son nom propre, ce qui le distingue du mandataire[1362]. Par principe, il n'a pas à déclarer le nom du commettant. *« Cependant, le commissionnaire agit pour le compte du commettant si bien que les effets du contrat conclu vont se produire dans le patrimoine du commettant »* [1363]. Il est tenu de conclure l'opération et est responsable de l'inexécution des ordres reçus et des fautes commises dans l'exercice de sa fonction. Il doit en outre rendre compte de l'exécution de sa mission. Le commissionnaire est donc un mandataire particulier. Par principe ce contrat ne comporte aucune représentation *« C'est-à-dire que le commettant reste étranger au contrat conclu par le commissionnaire et que seul ce dernier est tenu à l'égard des tiers*[1364] *»*. Sur la responsabilité, la reddition des comptes et le caractère non-ostensible des participants au contrat de société en participation, la situation du chef de file est la même que celle de commissionnaire. C'est sur la répartition des bénéfices ou les pertes de l'opération qu'elle diverge. Le chef de file, s'il est coparticipant, en récolte aussi les fruits, à la différence du commissionnaire. Comme la commission est un mandat « spécial » et que le chef de file tire

---

[1357] Ibidem.
[1358] Cass Com 7 octobre 1997, Bull Civ IV, n°243.
[1359] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°641.
[1360] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques »*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.
[1361] Article L132-1 du Code de commerce : *« le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous son nom social pour le compte du commettant. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés pa le titre XIII du livre III du Code civil »*.
[1362] Cass Crim 24 juillet 1852, D.1852.1.255.
[1363] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°537.
[1364] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°666.

profit, au même titre que les coparticipants à la société en participation, des contrats passés avec les tiers, nous pourrions envisager de le décrire comme un « commissionnaire d'intérêt commun ».

En outre, si le chef de file agit au nom des participants, qui sont néanmoins des tiers aux contrats passés par lui, sa condition s'apparente à celle du mandataire. Il peut arriver d'ailleurs que puisse jouer la théorie du mandat apparent. « *Le tiers a été abusé au point de croire qu'il traitait avec un véritable mandataire. Peu importe que son erreur soit invicible : il n'est pas nécessaire que l'apparence soit établie au point que tout le monde se trompe*[1365] *».*

387. En tant que « commissionnaire d'intérêt commun » des participants de la société en participation, le chef de file engage sa responsabilité vis-à-vis d'eux mais aussi des tiers au contrat de société, notamment à l'égard des éventuels salariés de l'opération, au regard de l'objet de la société[1366]. Lorsque le chef de file, constitué sous forme de société, est liquidé, c'est le liquidateur qui est responsable pour la période de liquidation[1367].

2° La mise en œuvre de la responsabilité du chef de file

388. Elle peut être engagée soit par les participants au contrat de société en participation, soit par des tiers, cocontractants ou non. Dans le cadre d'une responsabilité contractuelle, la qualification d'obligation de moyen ou de résultat dépend du caractère aléatoire ou non de la mission confiée[1368].

[1365] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°657.

[1366] Cass Soc 25 septembre 2007 n° de pourvoi 06-41573 : à propos de licenciements pour motif économique. Lors de la procédure de licenciement, le chef de file avait omis d'indiquer dans la lettre de licenciement les difficultés économiques justifiant la procédure, « *peu important que la fermeture de l'hôtel se soit accompagnée de la dissolution de la société mandante* ».

[1367] Cass Com 3 juin 2008, Joly, 2008, n°184, note O. Staes : *« en l'espèce, Mme X, associée d'une société en participation ayant pour objet une opération immobilière, réclame à la société Lotreco, gérante de la participation, des dommages et intérêts, notamment pour manquement à son obligation de rendre compte de sa gestion…. La société prend fin et est mise en liquidation par dissolution décidée par les associés. La société conserve cependant la personnalité morale pour les besoins de la liquidation mais elle n'est plus représentée par ses dirigeants ».*

[1368] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°644 et Cass Com 7 octobre 1997, Bull Civ IV, n°243.

a) La responsabilité engagée par des tiers

389. Se pose au préalable le problème de l'étendue de la garantie des tiers à la société en participation. Si la société est non révélée, elle se limite au seul participant « ostensible », à savoir le chef de file. Si la société est ostensible, les tiers bénéficient d'une action conjointe envers les participants ayant agi au nom de la société en participation, civile et solidaire[1369] dans le cadre d'une société commerciale.

390. La responsabilité engagée par des tiers au contrat de société en participation peut évidemment être soit contractuelle, soit délictuelle ou quasi-délictuelle, selon la nature de la faute commise. Dans le domaine des travaux publics, la jurisprudence est assez abondante au regard des accidents du travail. Il est évident que cette responsabilité peut être engagée quel que soit l'objet social de la société en participation. Se pose alors la question de l'indemnisation de la victime, notamment un salarié blessé mis à disposition du chef de file de la société en participation assumant l'organisation des travaux publics. Il s'agit dès lors de déterminer le rôle exclusif ou non du chef de file dans la direction des opérations[1370]. Seul aux manettes du chantier ou de la structure pour laquelle la société a été constituée, il en est responsable. Par contre, en cas de codirection, la responsabilité sera repartie entre les participants codirecteurs. En outre, en cas de délégation de pouvoir, le droit commun de la délégation a vocation à s'appliquer[1371].

b) La responsabilité engagée par les participants

391. L'étendue des fonctions du chef de file est déterminée librement dans les statuts. Mais, en l'absence de disposition statutaire précise, les dispositions des sociétés en nom collectif ou civile vont s'appliquer, « en tant que de besoin », en vertu de l'article 1871-1 du Code civil. *« Indépendamment de toute représentation, les membres du groupement sont engagés par les décisions de l'agent »*[1372]. En effet, dans les domaines confiés au chef de file, les

[1369] S. Schiller *Les limites contractuelles en droit des sociétés – les connexions radicales,* LGDJ, 2002, p.237.
[1370] Cass Civ 2ème 19 février 2009 n° de pourvoi 07-21413 : « *l'acte constitutif de la société en participation désignait bien la société Y… comme gérant, mais il n'est pas démontré que cette entreprise ait assumé la direction unique des opérations au moment où m. X… a été blessé* ».
[1371] Cass Crim 25 avril 2006 n° de pourvoi 05-84239.
[1372] B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – contribution à la théorie de la personnalité morale*, thèse, tome 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n°162.

conséquences des décisions prises par ce dernier, vont devoir, extérieurement, être assumées par les participants. Néanmoins, tout dépend de l'étendue des missions qui lui sont confiées. S'il est mandataire, son pouvoir peut apparaître paradoxalement pour le moins restreint, en raison de la remise en cause à tout instant de la fonction de mandataire par le mandant. « *Mais ce serait là perdre de vue les termes exacts de la fonction de l'agent commun »*[1373]. En effet, il agit normalement non à son seul profit, mais dans l'intérêt de tous les membres du contrat de société en participation.

392. S'il n'exécute pas ou mal les obligations découlant des missions confiées, il engage sa responsabilité contractuelle « en interne », en application, dans le cadre d'un mandat[1374] ou du contrat de commission, des articles 1991 alinéa un et 1992 du Code civil[1375]. Il faut préciser qu'en raison de l'effet relatif des contrats, hormis l'immixtion d'un coparticipant, a priori seul est engagé « en externe » le chef de file. Néanmoins, sa responsabilité « en interne » peut l'être car « *ce qui est contraire à l'intérêt du groupement est généralement synonyme de préjudice matériel, de diminution de l'actif du groupement* [1376]», encore que le groupement, n'ayant pas la personnalité morale, n'a pas d'actif, et qu'il convient mieux d'envisager la diminution de l'actif de chacun des participants.

393. Plus complexe est la situation du chef de file outrepassant ses fonctions. Normalement les coparticipants, sauf ratification, ne peuvent pas voir leur actif diminué. Mais si l'on reprend la règle fixée par l'article 1871-1 du Code civil, il convient de distinguer deux hypothèses. S'il effectue des actes conformes à l'objet de la participation, mais dépassant ses pouvoirs, eu égard à l'encadrement de ses fonctions, et si l'acte est contraire à l'intérêt de l'ensemble des participants, ces actes, qu'il a lui-même conclus, doivent être exécutés, la société en participation n'ayant pas la personnalité morale. Mais, il nous semble qu'il doive en assumer seul les conséquences, en considérant qu'il a mal exécuté sa part de contrat. Si l'acte est contraire à l'intérêt d'un seul participant, il est envisageable que ce dernier engage la responsabilité du chef de file, à titre personnel, à condition que puisse être prouvée l'existence

---

[1373] B. Dondero, idem, n°164.

[1374] F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, idem n°654 : *« si le mandataire agit dans la limite de ses pouvoirs, la représentation joue et rend le mandant partie aux conventions conclues par son mandataire ».*

[1375] Article 1991 alinéa 1 du Code civil : « *le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêtds qui pourraient résulter de son inexécution ».*

Article 1992 du Code civil *: « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ».*

[1376] B. Dondero, idem, n°307.

d'un dommage personnel. S'il effectue des actes non-conformes à l'objet de la participation et qui plus est, contraires à l'intérêt du groupement, il nous semble qu'il soit seul engagé vis-à-vis des tiers cocontractants, et qu'en outre, les participants puissent engager sa responsabilité car l'extension de l'objet social aggrave éventuellement leurs obligations, notamment financières[1377]. Encore faut-il démontrer l'existence du dommage ; en principe seul le chef de file est engagé « extérieurement » et il devient difficle de prouver l'existence d'un dommage propre aux participants. Cette « dichotomie » de responsabilité entre le dépassement de pouvoir et l'absence de pouvoir ne nous semble pas en pratique aisée à mettre en œuvre. Il convient dès lors de n'utiliser que les règles du droit des contrats, en l'occurrence celui des mandats et l'article 1134 du Code civil. Sa responsabilité est alors de nature contractuelle.

394. La Cour de cassation a statué en 2001 sur le dépassement de pouvoir d'un chef de file d'un pool bancaire[1378]. Le chef de file dans l'affaire avait consenti sans l'accord des participants à un abandon de créance engageant les membres du pool. L'abandon de créance est un acte de disposition qui nécessite selon l'article 1988 alinéa 2 du Code civil un mandat exprès. « *Selon l'arrêt, il en découle que l'abandon de créance effectué sans l'accord des autres membres du pool, constitue un excès de pouvoir. Ainsi le refus de l'un des contractants empêche en principe l'action du mandataire, ce qui induit à imposer un accord unanime. On en revient au droit des contrats* »[1379]. Cette situtation aboutit à une modification unilatérale du contrat, imposée aux cocontractants, participants au pool bancaire. L'accord unanime, condition logique dans le cadre d'une modification du contrat non-liée à une clause de ce dernier, pourrait impliquer l'absence d'intérêt social. Pour contrecarrer cette dérive, il est nécessaire de démontrer le caractère abusif du refus des participants de consentir à l'acte de disposition. *« Plusieurs solutions sont donc envisageables. La première serait de considérer comme abusif tout refus contraire à l'intérêt commun, eu égard à sa motivation ou à l'absence de celle-ci ; on peut estimer cependant que la violation de l'intérêt commun, certes fautive, ne constitue pas pour autant un abus. La seconde consisterait à ne stigmatiser qu'un refus reposant sur une volonté de nuire ou la recherche d'un avantage indu : l'abus serait alors davantage qu'une simple contrariété entre l'intérêt commun et l'opposition émise, celle-ci n'étant que la manifestation de l'intérêt propre de celui qui la formule »*[1380].

[1377] En application du droit des sociétés en nom collectif.
[1378] Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677 qui utilise comme visa entre autres l'article 1134 du Code civil (« *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »).*
[1379] J.-P. Storck, note sous Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677.
[1380] Ibidem.

c) Les conditions de l’engagement de la responsabilité du chef de file

395. La responsabilité contractuelle ou délictuelle suppose évidemment un fait générateur, un dommage et un lien de causalité entre le fait et le dommage. Ces conditions diffèrent néanmoins en cas de fraude ou d’absence de fraude. La fraude engage systématiquement la responsabilité du mandataire. Il est évident que la fraude, qui doit être prouvée, a pour conséquence l’annulation des délibérations prises[1381].

396. En dehors du cas de la fraude, se pose la question des fautes de gestion du mandataire engageant sa responsabilité. Par des salariés d’un groupement d’entreprises, et uniquement s’il est l’employeur[1382], sa responsabilité contractuelle peut être engagée, voire sa responsabilité pénale. Vis-à-vis des participants, le fondement est la responsabilité contractuelle du mandataire au titre des articles 1991 et 1992 du Code civil[1383]. Par contre vis-à-vis des tiers non-contractants, elle est de nature délictuelle[1384], on peut s’interroger sur l’existence d’une faute détachable ou non de la fonction. La notion de faute détachable, empruntée au droit administratif, vise l’engagement de la responsabilité délictuelle d’un dirigeant, vis-à-vis des tiers, au titre de l’article 1382 du Code civil[1385]. « *La responsabilité personnelle d’un dirigeant à l’égard des tiers suppose qu’il ait commis une faute séparable de ses fonctions qui lui soit imputable directement* » [1386]. Il va de soi que l’on est en présence

---

[1381] Cass Com 9 octobre 2007 n° de pourvoi 06-13895.
[1382] Cass Crim 13 octobre 2009, Joly, 2010, n°41, note N. Ferrier : *« en cas d’accident du travail, les infractions en matière d’hygiène et de sécurité des travailleurs commises par le délégataire de pouvoirs désigné par chacune des sociétés constituant un groupement d’entreprises à l’occasion de l’attribution d’un marché, engagent la responsabilité pénale de la seule personne morale, membre du groupement, qui est l’employeur, non du délégataire, mais de la victime…. Il est aujourd’hui parfaitement admis, du moins en jurisprudence, que le délégataire peut engager la responsabilté pénale de la personne morale pour le compte de laquelle il exerce le pouvoir. Reste à identifier la personne morale pour le compte de laquelle le délégataire agit, ce qui n’est pas toujours aisé… ».*
[1383] Article 1991 du Code civil : « *le mandataire est tenu d’accomplir le mandat tant qu’il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son exécution. Il est tenu de même d’achever la chose commencée au décès du mandat, s’il y a péril en la demeure* ».
Article 1992 du Code civil : « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu’il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu’à celui qui reçoit un salaire* ».
[1384] Il ne s’agit pas ici de la responsabilité engagée par un tiers à la société en vertu du contrat qu’il a passé avec le chef de file.
[1385] Article 1382 du Code civil : « *tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».
[1386] Cass Com 6 mai 2008, D.2008.1408, note A. Lienhard et et Joly, 2008, n°10, note P. Le Cannu : *« Le gérant d’une société en participation, dépourvue de personnalité morale, est responsable envers les associés en*

d'une société personnifiée, société civile, société en nom collectif ou société à responsabilité limitée…[1387]. La Cour de cassation a été amenée à déterminer l'applicabilité de la théorie de la faute détachable au mandataire d'une société en participation. En appliquant le caractère contractuel de la société en participation, elle effectue un parallèle avec le mandataire contractuel. Dès lors, comme la Cour de cassation n'admet pas la théorie de la faute détachable pour le mandataire contractuel, elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 23 novembre 2006 étendant la faute détachable au mandataire de la société en participation. Il en résulte deux conséquences. D'une part, cette jurisprudence met en exergue le risque que doit assumer le mandataire-chef de file d'une société en participation, au regard de l'organisation contractuelle déterminée par les participants[1388]. D'autre part, le caractère contractuel d'une telle société est renforcé par cet arrêt du 6 mai 2008.

sa qualité de mandataire, sans qu'il soit besoin d'établir une faute détachable de ses fonctions. … Le gérant étant sous la totale dépendance de l'organisation contractuelle que les associés ont voulu donner à leur société en participation, il ne peut être question d'appliquer, ne serait-ce que par analogie, la théorie des pouvoirs légaux qui sous-tend (plus ou moins) la nature des fonctions des dirigeants des sociétés dotées de la personnalité morale. Dès lors, il est normal de trouver dans le contrat de mandat la source des pouvoirs du gérant qui accomplit au nom des associés des actes juridiques dans le cadre du contrat de société, et, au sein de celui-ci, de la défintion statutaire des actes que le gérant peut ou doit accomplir ».

[1387] Cass Com 6 mai 2008, D 2008.2113 note B.Dondero : *« le dirigeant d'une société personnifiée n'est que l'organe d'une personne morale qu'il ne l'expose en principe pas à la vindicte des tiers lorsqu'il leur cause un préjudice dans le cadre de ses fonctions ».*

[1388] Cass Com 6 mai 2008, Joly, 2008, n°163, note P. Le Cannu.

Conclusion du deuxième chapitre

397. La société en participation est un contrat mettant en œuvre l'adhocratie. Ce contrat n'est pas ou très mal adapaté à des opérations sur le long terme. C'est pourquoi, cette strucutre affectée d'instabilité doit être remplacée ou complétée par une société dotée de la personnalité morale, en raison notamment de l'absence de patrimoine social.

398. Comme tout contrat, la société en participation implique l'application de l'effet relatif des contrats, par rapport aux tiers à la participation. Les participants ne sont pas engagés personnellement envers les tiers ; seul le sera celui qui conclut les conventions avec eux, à savoir le chef de file. Il en résulte corrélativement, aussi par application de l'effet relatif des contrats, que les tiers ne peuvent engager directement en responsabilité les participants autres que le chef de file. Seules la théorie de l'apparence d'une part et l'immixtion d'un participant d'autre part vont pouvoir « casser » ce principe.

399. Comme le chef de file est le seul élément « externe » du contrat de société en participation, il peut voir sa responsabilité engagée, soit par ses associés, soit par les tiers au contrat. Cette responsabilité est éminemment contractuelle et trouve sa logique dans l'article 1134 du Code civil. Quelle est alors la qualification du chef de file ? : Tantôt il est détenteur d'un mandat, express ou tacite, tantôt elle est assimilable à une sorte de commissionnaire agissant aussi pour son compte. C'est pourquoi, nous pourrions le qualifier de « commissionnaire d'intérêt commun ».

400. L'exécution du contrat de société en participation démontre sa nature éminemment contractuelle et les litiges nés de sa réalisation se résolvent en utilisant le droit commun des contrats[1389], en application de l'alinéa 2 de l'article 1842 du Code civil[1390].

[1389] J.-P. Storck, op.cit.
[1390] Article 1842 du Code civil alinéa 2 : « *jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ».*

Conclusion du premier titre :

401. La société en participation, « *ce groupement, qui n'est qu'un contrat de société, intéresse des associés qui ont délibérément entendu ne pas immatriculer leur société »*[1391]. Le contrat de société en participation, structure antinomique, societas de droit romain, n'a pas évolué en institution. Et son originalité repose sur cette non-évolution, son ancrage dans sa nature contractuelle proprement dite. « *Le droit est nécessaire au marché économique. Tout d'abord, le marché a besoin d'outils, tel le contrat, pour que s'accomplissent les échanges. Le droit joue alors un rôle instrumental, à la disposition des parties, et remplit son office lorsqu'il peut se plier à leur volonté. Ensuite le marché a besoin des règles du jeu composées de règles juridiques impératives, contraignant les acteurs et apportant à l'ensemble du système une qualité essentielle : la sécurité juridique des transactions »*[1392].

402. Il est remarquable qu'il faille, pour assurer aux tiers les sécurité des transactions, faire appel à la notion de théorie de l'apparence, d'autant que pour les participants, la comptabilité de l'opération s'apparente à celle d'une succursale. L'apparence d'une société présente deux caractères : le premier est lié à son caractère ostensible qui nous ramène à l'article 1872-1 alinéa 1 du Code civil, l'autre au caractère vraisemblable[1393] de cette situation qui a pour objectif la protection du tiers de bonne foi. Telle l' allégorie de la caverne où l'homme enchaîné depuis son enfance dans une demeure souterraine, ne perçoit du « *monde visible* » que des apparences[1394], la société en participation, combinée à l'apparence, se suffit à elle seule pour déterminer une « réalité » juridique suffisamment protectrice du tiers au contrat entre les participants.

403. Quant au droit fiscal, il contribue au contraire au rapprochement entre la société dotée d'une personnalité morale et la société en participation, puisqu'il crée, au profit de cette dernière, en principe, une personnalité fiscale, pour les besoins uniquement de la perception des impôts, directs ou indirects[1395].

[1391] M. de Gaudemaris, « Théorie de l'apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465.
[1392] M.-A. Frison-Roche, « Mondialisation économique et mondialisation juridique », Le Monde, 5 mai 2006.
[1393] A. Danis-Fatôme, *Apparence et Contrat*, LGDJ, 2004, p.4, n°7.
[1394] Platon, *La République*, Livre VII, Les Belles Lettres, 8ème édition, 1975, p.514.
[1395] M.-C. Bergerès, M. Guichard et W. Stemmer, « La société en participation et la TVA », Les Petites Affiches, 19 juillet 2004, citant l'article « Les sociétés en participation et les sociétés créées de fait au regard de la TVA », Bull Fisc, n°4/1980, p.213 : « *le fondement de l'exercice du droit à déduction au sein de ces sociétés semble*

404. Pour que l'organisation se pérénise, il est vital de pallier l'absence de patrimoine social. Cette situation implique la nécessité de faire coïncider à une joint-venture sans personnalité morale, des sociétés notamment de capitaux ou des SNC pour les holdings[1396].

405. Enfin, la responsabilité du chef de file de la société en participation, « commissionnaire d'intérêt commun », démontre la nature éminemment contractuelle de cette société. Par les risques qu'elle fait prendre au chef de file, elle surabonde à l'instabilité inhérente de cette société.

Après l'exécution du contrat de société en participation, il convient d'envisager sa disparition.

---

devoir être recherché non pas tant dans leur personnalité fiscale, mais bien dans l'application des dispositions de l'article 213 de l'Annexe II du Code Général des Impôts ».

[1396] Voir par exemple Cass Civ 3ème 8 avril 2008 n° de pourvoi 07-11098 à propos d'une opération hôtellière internationale dans laquelle une SNC est propriétaire des dépendances à caractère commercial.

Deuxième titre : L'extinction du contrat de société en participation

406. La disparition d'une société en participation peut intervenir de deux manières : de façon positive par la réalisation de l'objet social ou de façon négative à l'occastion de litiges. Le terme d'extinction d'une société renvoit tout naturellement à sa dissolution. La société en participation est une société, une société-contrat, une société fondée sur le jus fraternitatis. Comme toute société, elle peut faire l'objet d'une « dissolution ». Certes le terme n'est pas approprié. Car la dissolution suppose la création antérieure d'une personne morale. Néanmoins, nous envisagerons dans le premier chapitre cette « dissolution », qui ne peut relever des procédures collectives, ainsi que les conséquences à l'égard des associés.

407. Le contrat est la substance de la société en participation. Les participants doivent avoir conscience de l'engagement pris. Il arrive cependant qu'il y ait une divergence entre associés[1397]. Comme pour tout contrat, il est susceptible de faire l'objet d'une novation, allant jusqu'à la transformation de la société. On est donc en présence d'un anéantissement ou d'une mutation totale ou partielle du contrat initial, soit par transformation, soit par cession de parts de contrat de société en participation, que le droit fiscal assimile à une cession de droits sociaux[1398], voire même par annulation rétroactive. Ce n'est pas une simple évolution du contrat mais, comme l'illustre le droit fiscal, une disparition de la première organisation contractuelle au profit d'une nouvelle structure. Car le contrat en participation est un contrat intuitu personae. Ces novations, entraînant la dispartion du contrat initial, seront envisagées dans le deuxième chapitre.

[1397] Voir par exemple Cass Com 4 juillet 2006 n° de pourvoi 03-12534 à propos d'une participation occulte en risque et en trésorerie où l'un des associés n'avait pas conscience de son engagement. Il avait confondu prêt et gestion du prêt.

[1398] Le droit fiscal facilite partiellement l'acquisition des droits sociaux. CAA Bordeaux 25 mars 2008 n°06BX00826, Feuillet Rapide Francis Lefebvre, n°37 – 08, p. 3 : *« Lorsqu'un emprunt contracté par un associé d'une société de personnes a été affecté à l'acquisition de ses parts et à la souscription de deux contrats d'assurance*-vie *destinés à garantir le remboursement du prêt, seule une fraction des intérêts peut être déduite de la quote-part de bénéfice imposable entre ses mains ».* ; voir aussi Cass Com 31 janvier 2012 n° de pourvoi 11-11946 : sans qu'il y ait la moindre condition d'application de cette règle fiscale.

Chapitre premier : La fin du contrat ou la « dissolution » de la société en participation

408. Le terme de dissolution correspond plus à une société ayant la personnalité juridique qu'aux sociétés en participation. A défaut d'existence juridique propre, ces dernières ne peuvent disparaître, mais le contrat peut être soit annulé, soit résolu ou résilié. En effet, *« d'une part, on ne dissout pas un contrat ; d'autre part, le contrat de société en participation ne crée pas entre les parties un état de droit, tel que le mariage ou la communauté, dont on peut dire qu'il donne lieu à dissolution [1399]».* Cette situation implique que la fin du contrat ne nécessite qu'une reddition des comptes.

409. En vertu de l'article 1871-1 du Code civil, sauf stipulation contraire dans les statuts[1400], les causes de « dissolution » de la société en participation sont celles des sociétés commerciales, si l'objet social est commercial, des civiles[1401] dans le cas contraire. En cette matière, les fondamentaux du droit romain se retrouvent[1402]. L'une des originalités de la société en participation repose sur le droit des procédures collectives. Nous étudierons dans

---

[1399] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques,* Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.

[1400] CA Versailles 3 février 1994, Joly, 1994, p.533 : « *à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, soit, si la société a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif. En l'espèce, les conventions entre les parties prévoyaient clairement que la société serait dissoute lorsque son objet serait rempli ou suivant la volonté d'un des associés. Il était donc exclu que la société prenne fin comme le souhaitait l'un des associés par le décès de l'un d'entre eux, les dispositions supplétives relatives aux sociétés en nom collectif n'ayant pas à s'appliquer en l'espèce* ».

[1401] Les règles relatives aux sociétés civiles figurent aux articles 1844-7 à 1844-9 du Code civil, pour les dispositions communes à toutes les sociétés et l'article 1870 du Code civil, pour les règles propres aux sociétés civiles.

Article 1870 du Code civil : « *la société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par les associés. Il peut, toutefois, être convenu que ce décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera avec les seuls associés survivants. Il peut également être convenu que la société continuera soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par disposition testamentaire. Sauf clause contraire des statuts, lorsque la succession est dévolue à une personne morale, celle-ci ne peut devenir associée qu'avec l'agrément des autres associés, donné selon les conditions statutaires ou, à défaut, par l'accord unanime des associés* ».

[1402] A-E Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français – obligations,* 3ème édition par R.Villers, Précis Dalloz, 1970, p.80 : « *la société va s'éteindre par la mort naturelle de chacun des associés… Ensuite la société s'éteint quand elle est arrivée à son terme ou quand le but pour lequel elle a été conclue est atteint…. La société s'éteint aussi lorsque tout l'actif social a péri… Enfin la société peut s'éteindre par la volonté de tous les associés et même par la volonté unilatérale d'un seul* ».

la première section ces différentes causes de dispartion du contrat de société en participation. Puis, dans la seconde, nous analyserons les conséquences de cette disparition à l'égard des associés, en envisageant la dichotomie entre le droit fiscal et l'analyse contractuelle de la société.

Section 1 : Les causes de disparition de la société en participation

410. L'article 1844–7 du Code civil définit les causes de fin d'une société, et notamment les sociétés en participation. Certaines sont liées à la nature contractuelle de la société et, accentuée pour la société en participation, par son caractère d'adhocratie ; d'autres correspondent à des sanctions. Certaines vont entraîner une disparition du contrat de façon anticipée. Outre les règles relatives au Code civil, il conviendra d'étudier les règles liées au droit des procédures collectives.

411. Dans son article 131-39, le droit pénal[1403] prévoit, la dissolution d'une personne morale[1404] au titre au titre d'une sanction pénale, si la société a été constituée pour commettre l'infraction ou que son objet a été détourné à cette fin. Il va de soi que cet article est inapplicable aux sociétés en participation, en raison de l'absence de personnalité morale. En cas d'infraction au Code pénal « effectuée » par la société, il ne s'agit plus d'une société en participation, mais d'une société de fait. Ce sont le chef de file et éventuellement les coparticipants, sur la base de la complicité[1405], qui sont pénalement responsables.

[1403] La responsabilité pénale des personnes morales a été instituée par la loi n°92-683 du 22 juillet 1992 et généralisée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite loi « Perben II ».

[1404] Y. Guyon, *Droit des affaires – droit commercial général et sociétés*, tome 1, Economica, 11ème édition, 2001, n°207-1 : *« en cas d'illécéité de l'objet social, il aurait été plus logique de prévoir une nullité plutôt qu'une dissolution. Le législateur ne s'est pas embarrassé de ces nuances, ce qui n'a finalement pas de conséquences puisque la nullité, ne rétroagissant pas, produit des effets équivalents à ceux d'une nullité »*..

[1405] Article 121-7 du Code pénal : *« est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la conservation. Est également complice la personne qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre »*. Dans le cadre d'une société en participation, il est permis d'envisager la complicité soit par fourniture d'instruction, soit par aide ou assistance.

412. Lorsqu'une société « classique » n'est « *plus économiquement viable, notamment…parce qu'il est impossible de trouver de nouveaux dirigeants»* [1406] , la seule solution reste la dissolution. En outre, dans le cadre des sociétés en nom collectif, l'un des motifs de dissolution est la révocation d'un gérant statutaire associé. « *Il en est de même de la décision qui retire à un associé sa qualité de gérant alors que, faute d'une stipulation expresse des statuts, il exerçait cette fonction concurremment avec les autres associés »* [1407]. Mais, une stipulation statutaire contraire peut contrecarrer cette règle. On constate donc que les difficultés liées au statut du gérant sont donc des causes de dissolution. En est-il de même dans le cadre des sociétés en participation ? Selon l'article 1871-1 du Code civil[1408], chaque participant peut être chef de file, à défaut de prévoir une organisation spécifique. *« En pratique cette solution ne peut être retenue, car elle entraînerait des difficultés insurmontables »* [1409]. En effet, vis-à-vis des tiers à la participation, seul celui qui a conclu un contrat avec eux, est engagé à leur égard, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats. *« Il devrait ensuite transférer à ses coassociés le bénéfice des contrats ainsi conclus. Il est donc plus simple de désigner un gérant, qui peut être un associé ou un tiers »* [1410].
Hormis le cas où aucun participant ne veut plus assumer le rôle de chef de file, la cause de disparition pour « révocation d'un gérant statutaire associé »[1411], qui entraîne la disparition anticipée de la société en participation, les difficultés liées au statut du chef de file apparaîssent comme surmontables ; il suffit qu'un autre participant prenne ce rôle ou que les statuts envisagent la solution idoine. Néanmoins, la liquidation de l'un des participants, a fortiori du chef de file lui-même, peut entraîner des difficultés organisationnelles pour les autres associés allant jusqu'à l'indemnisation de leur préjudice[1412] ou suffisamment graves pour inciter les participants à mettre fin au contrat de société en participation.

413. Envisageons maintenant les circonstances de « dissolution » prévus à l'article 1844-7 du Code civil. D'ores et déjà nous constatons que sept sur huit peuvent être appliquées aux

---

[1406] Y. Guyon, idem n°206.
[1407] Y. Guyon, idem n°272.
[1408] Article 1871-1 du Code civil : *« à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de besoin, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux dispositions en nom collectif ».*
[1409]Y. Guyon, idem n°521.
[1410] Ibidem.
[1411] Ces termes sont évidemment inappropriés.
[1412] Cass Com 3 juin 2008 n° de pourvoi 07-14990 : dans cette affaire, le chef de file, société ayant fait l'objet d'une dissolution, n'a pu rendre compte de sa gestion. Le liquidateur de cette société a d'ailleurs été déclaré responsable des conséquences dommageables des fautes commises.

sociétés en participation ; il n'en est pas de même pour la septième considérée dans cet article.

§I Les causes de l'article 1844-7 du Code civil

Nous allons examiner ces différentes possibilités en mettant en exergue les spécificités liées à la société en participation.

1° La nature contractuelle et le caractère d'adhocratie

414. L'article 1844-7 du Code civil cite a priori la survencance du terme prévu. Dans un contrat de société en participation, contrat à façon, non assujetti à la règle du délai de quatre-vingt dix neuf ans, en vertu de l'article 1872-2 du Code civil, le délai de « vie » de contrat est une variable fondamentale, choisie en fonction de l'activité prévue. Comme, la Cour de cassation[1413] a entériné la possibilité pour les participants d'utiliser le mécanisme de la tacite reconduction dans le cadre d'une société en participation, les participants ont plusieurs choix possibles, ainsi que nous l'avons déjà étudié, dans la rédaction des statuts : soit une société à durée déterminée, soit une société à durée déterminée avec tacite reconduction à durée déterminée, soit une société à durée déterminée avec tacite reconduction fixant une durée indéterminée, ou enfin une société à durée indéterminée, ou plutôt illimitée. L'absence de fixation d'un terme implique une société à durée indéterminée[1414]. Le présence, soit d'une tacite reconduction, soit d'une durée indéterminée, démontre le caractère éminemment contractuel de la société en participation.
Selon l'article 1872-2 du Code civil[1415], « *lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un*

[1413] Cass Com 23 octobre 2007, Bull Civ IV, n°224.
[1414] T. Bonneau, note sous Cass Com 15 février 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°185 : « *il est vrai que la nuance entre les termes « illimité » et « indéterminé » est mince et que l'on ne peut pas obliger un associé à rester au sein de la société, sauf à méconnaître la prohibition des engagements perpétuels* ».
[1415] Voir pour l'application CA Rouen 22 janvier 1992, RJDA, 1992, p.585 : « *doit être considérée comme étant faite de bonne foi et non à contretemps la notification de la dissolution d'une société en participation à un coassocié qui n'exerçait plus aucune activité dans la société et qui avait mis en cause la gestion de celle-ci alors qu'auparavant il en avait régulièrement approuvé les comptes, ces circonstances démontrant que la vie sociale n'était plus possible* ». Il s'agit d'une société en participation instituée par deux personnes physiques, toutes deux titulaires de mandats d'agent d'assurance maritime.

d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps ». Ce principe entraîne son corollaire : l'indemnisation des coparticipants, lorsque l'un d'entre eux abuse de son droit à dissolution (départ brusque[1416]…). Cette modalité de l'article 1872-2 du Code civil, prévue pour les sociétés à durée indéterminée et étendue aux sociétés à durée illimitée, n'est ni plus ni moins que l'affirmation du principe de résiliation, voire de la révocation[1417], des contrats à durée indéterminée[1418], en application « *du principe général du droit qui prohibe les engagements perpétuels* »[1419] et cela « *quand bien même l'une des clauses des statuts l'interdirait* »[1420]. Cette jurisprudence est l'affirmation d'une règle impérative, contrecarrant le principe d'autonomie des contrats. Si la Cour de cassation, la date de résiliation se situe « *à la date de la notification de la décision de l'associé de se retirer de la société* »[1421].

415. Le deuxième alinéa de l'article 1844-7 du Code civil traite de la réalisation ou de l'extinction de l'objet social. Cette cause de dissolution est d'autant plus évidente dans le cadre d'une adhocratie. L'opération spécifique réalisée, il n'est plus nécessaire de poursuivre les relations contractuelles. Tel est le cas, par exemple, lors de la production d'un film, d'un opéra…

416. Le quatrième alinéa de l'article 1844 – 7 du Code civil prévoit la dissolution anticipée décidée par les associés[1422]. Elle résulte de la « *liberté des associés de se retirer de la société, la liberté contractuelle allant en ce sens et la Cour de cassation l'ayant implicitement admis* »[1423]. Il ne s'agit que de l'application de l'article 1134 du Code civil, dans le cadre d'une cessation unanime des relations contractuelles. Nous envisagerons ultérieurement le retrait d'un participant.

[1416] P. Le Cannu, note sous Cass Com 12 juillet 1993, Joly, 1993, p.1010 : « *on peut, a contrario, y voir l'affirmation du principe suivant lequel un brusque départ d'une société en participation ou d'une société créée de fait peut être générateur de dommages-intérêts* ».

[1417] Dans le « cas d'école », d'une exécution non encore commencée du contrat de société en participation.

[1418] J.-P. Storck note sous Cass Com 27 mars 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677.

[1419] A. Viandier et J.-J. Caussain, note sous CA Rouen 22 janvier 1992, JCP, Ed.E., 1993.I.218 n°15.

[1420] Cass Com 15 février 1994, sur pourvoi de CA Rouen 22 janvier 1992, JCP, Ed.G., 1994.IV. n°1053.

[1421] R. Libacher note sous Cass Com 15 février 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.521 : « *on peut trouver sévère cette solution qui tient pour acquise la dissolution alors même que l'un des associés n'en est pas conscient* ».

[1422] Cass Com 15 mai 1973, D 1974 jurisprudence 418, note Bernard Bouloc : *la dissolution ou la vente ne pourra être réalisée qu'avec le consentement des deux parties intéressées…* sur pourvoi de CA Rouen 23 avril 1971, D 1972 jurisprudence 676, note B. Bouloc et Revue des Sociétés, 1971, p.572, note J.H.

[1423] S. Brouder-Leibovici, *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000, p.234 ; Cass Civ 1ère 2 juin 1987, Bull Civ I, n°180.

417. Le sixième alinéa envisage la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 du Code civil, à savoir la réunion des parts sociales en une seule main. Cette situation est difficile à concevoir dans le cadre d'une société en participation, pour trois raisons :

- l'accord de préférence unanime des intéressés lors des cessions de parts de contrat[1424],
- le fait que seul le chef de file soit engagé vis-à-vis des tiers,
- et la spécificité d'une société en participation non révélée et donc inconnue du « public » hormis de l'administration fiscale.

418. Le huitième alinéa considère le cas d'une autre cause que celles listées par cet article 1844-7 du Code civil, prévue par les statuts. Le caractère « à façon » d'une société en participation intègre parfaitement cette cause.

2° La fin du contrat à titre de sanction

419. Nous envisageons l'annulation du contrat de société, prévue au troisième alinéa de l'article 1844-7 du Code civil. Elle concerne les vices du consentement, l'absence de consentement, la cause et l'objet illicites et la non-réunion des éléments substantiels du contrat de société (affectio societatis, apports, partage des bénéfices et des pertes). Se pose aussi le problème de la capacité des participants. Selon l'article 1844-10 du Code civil alinéa 3, « *la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ». Cette disposition nous renvoie aux articles 1108 et suivants du Code civil, notamment la nécessaire capacité de contracter, et si la société en participation a un caractère commercial, à l'article 22 de la loi du 24 juillet 1966, relatif aux sociétés en nom collectif, codifié à l'article L221-16 alinéa 1 du Code de commerce : « *lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale, une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité est prononcée à l'égard de l'un des associés, la société est dissoute à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité* ». Ainsi, la liquidation judiciaire de l'un des participants entraîne la dissolution de la société en participation à

[1424] Que nous étudierons dans le chapitre suivant.

caractère commercial, en raison même du parallélisme avec la société en nom collectif[1425]. Par contre, en cas de décès de l'un des participants, lorsque la société en participation a un caractère commercial, « *elle est en principe dissoute ; dans le cas d'une participation civile, elle continue avec les survivants »*[1426], en vertu du fort intuitus personae de ce contrat[1427].

420. L'article 1844-7 du Code civil prévoit aussi dans son cinquième alinéa *« la dissolution anticipée prononcée par le tribunal, à la demande d'un des associés pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société »*[1428] . Ce mécanisme met en évidence la réalité sociologique de l'organisation[1429].
Dans le cadre d'une société en participation, il faut concevoir cette modalité de « dissolution » comme étant une résolution judiciaire du contrat, ce que nous envisagerons dans le chapitre suivant. Dans le cadre d'un pool bancaire elle avait été demandée pour non-respect de l'une des parties de ses obligations. Néanmoins, dans cette affaire, « *on ne saurait voir dans la faute du chef de file résultant d'une mauvaise exécution de son mandat, l'inexécution de son mandat considérée comme réciproque de l'obligation d'apport du coparticipant et qui justifierait la résolution du contrat de société en participation au bénéfice de ce dernier qui se verrait ainsi rétroactivement affranchi des risques d'une opération de crédit antérieurement réalisée en commun »*[1430]. Cette interprétation, d'une logique imparable en droit des obligations, rappelle ce droit à résolution. Ainsi, « *la rupture qui intervient de façon intempestive ne peut aboutir à la dissolution… Un brusque départ d'une société en*

[1425] CA Paris 30 janvier 1997, Droit des Sociétés, 1997, n°109, note Y. Chaput et Revue des Sociétés, 1997, p.182, note Y. Guyon : « *un doute provient cependant du fait que la société en participation ne comprenait que deux sociétés. Dès lors, l'associé «* in bonis » *ne pouvait-il pas décider la continuation puisqu'il constitue à lui seul l'unanimité et que les sociétés en participation peuvent être unipersonnelles ? ».*
[1426] F. Dekeuwer-Défossez, « L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Les sociétés en participation », RTD Com, 1984, p.569.
[1427] CA Lyon 14 octobre 1946, JCP, 1947. II n°3858 : en l'absence de disposition statutaire spécifique, « *à défaut de preuve contraire, l'apport du fonds étant effectué en jouissance et l'association ayant pour objet la simple exploitation dudit fonds, il n'y a pas lieu d'ordonner la licitation de ce fonds avec la liquidation de la société à la mort de l'un des associés » ;* Crim 26 juin 1973 Bull Crim n°297 : « *si la mort d'un associé dissout l'association en participation en l'absence de clause expresse de continuation avec les héritiers de l'associé défunt, l'association dissoute continue d'exister pour les besoins de la liquidation et l'associé gérant peut être condamné pour abus de confiance commis durant cette période au préjudice des autres associés ».*
[1428] Cass Com 1er octobre 1986, Joly, 1987, p.40, note D. Randoux, JCP, 1997.II.22825, note D. Gibirila sur pourvoi de CA Paris 8 avril 1994, Joly, 1994, p.668, note P. Le Cannu à propos de « *graves dissensions existant entre les deux associés ».*
[1429] H. Martron, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privée »,* coédition LGDJ – Caisse des Dépôts, 2011, n°60, p.93 : « *lorsque la mésentente entre associés entrave totalement la bonne marche de la société, par le blocage de toute décision, le tribunal met fin à cette structure. Or dans ce cas, ce n'est pas l'instrument juridique qui est défaillant mais l'organisation sur laquelle il repose ».*
[1430] CA Paris 7 décembre 1993, Revue de Droit Bancaire, 1994, n°43, p.111, note F. J. Credot et Y. Gérard.

participation ou d'une société créée de fait peut être générateur de dommages-intérêts » [1431]. Il en résulte que la dissolution doit être demandée pour justes motifs, notamment « *à la suite d'une perte de confiance »*[1432].

Reste la septième cause de dissolution visée à l'article 1844-7 du Code civil.

§II L'absence de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire de la société en participation

421. Classiquement, « *la dissolution peut être prononcée chaque fois qu'il apparaît que la société n'est plus économiquement viable, notamment parce que les pertes s'accumulent sans espoir de retour à meilleure fortune…* » [1433]. Cette situation est visée au septième alinéa de l'article 1844-7 du Code civil : « *par un jugement ordonnant la liquidation judiciaire* ». Qu'en est-il du contrat de société en participation ?

422. L'aventure en commun peut se solder par une situation nette négative, avec un montant des capitaux propres catastrophique. Néanmoins, les règles des procédures collectives intègrent non pas une notion de situation nette, mais de cessation des paiements. La loi du 26 juillet 2005 permet un ajustement des procédures en fonction de la conjoncture de « l'entreprise »[1434], définie comme un organisme économique créateur de richesses. Lorsqu'elle n'est pas en cessation des paiements, le choix peut se porter sur le mandat ad-hoc, la conciliation ou la procédure de sauvegarde. En cas de cessation des paiements avec une possibilité de redressement, il faut envisager la conciliation ou le redressement et à défaut de possibilité de redressement, la liquidation.

423. Un principe est posé à l'article 1er de la loi du 25 janvier 1985 : une procédure collective ne peut être déclenchée à l'encontre d'une société dépourvue de personnalité morale, et cela

[1431] Cass Com 12 juillet 1993, Joly, 1993, p.1010, note P. Le Cannu.
[1432] Cass Com 18 juin 1991, Defresnois, 1991, p.1340, note P. Le Cannu.
[1433] Y. Guyon, *Droit des affaires – droit commercial général et sociétés*, tome 1, Economica, 11ème édition, 2001, n°206.
[1434] T. Lamarche, « La notion d'entreprise », RTD Com, 2006, p.709 : « *la notion d'entreprise est une notion moderne qui a du mal à s'intégrer dans les catégories juridiques classiques. Elle n'est ni un sujet de droit, car elle n'a pas de personnalité juridique et droit emprunter celle de l'entrepreneur, ni un objet de droit, car certains de ses éléments développent des dimensions extrapatrimoniales* ».

quel que soit le type de société. Ce principe est déjà affirmé au XIXème siècle[1435]. En conséquence, « *la personne qui a effectué des actes de commerce* » au nom d'une telle société, peut se voir intenter une procédure collective contre elle[1436]. La loi du 26 juillet 2005, relative à la sauvegarde des entreprises, ne l'a pas remis en cause.

C'est pourquoi, il convient d'étudier ce principe et d'en tirer la conséquence : l'absence de reconnaissance sociétaire à la société en participation. Nous envisagerons préalablement la reconnaissance du concept de personnalité juridique, puis la non-application des lois relatives aux procédures collectives à l'encontre des sociétés en participation.

1° La question de la reconnaissance du concept de personnalité juridique

424. En opposition à la théorie de la fiction, reposant sur la personne humaine, la « réalité » du groupement[1437] oblige à considérer certaines entités comme des sujets de droit, en raison des intérêts collectifs qu'elles défendent, de la volonté collective qu'elles mettent en œuvre, de l'organisation collective qu'elles ont constituée… C'est pourquoi, la Cour de cassation, en 1891[1438] et en 1954[1439], a reconnu la personnalité morale de telles entités. *« L'effet essentiel de la reconnaissance de la personnalité morale consiste en l'application de la capacité juridique »*[1440]. Cette dernière permet à l'organisme doté de la personnalité morale d'être titulaire d'un patrimoine.

[1435] Cass Req. 23 février 1864, DP 1864.I.136, Cass Civ 5 février 1901, D 1902.I.41, Cass Civ 21 octobre 1941, S. 1943.I.15.
[1436] Voir pour une société en formation Cass Com 15 janvier 1991, Joly, 1991, p.395, note J.-M. Calendini.
[1437] Elle correspond en fait à deux théories de la réalité :
- la réalité concrète dont l'élément déterminant est la « *volonté collective, distincte de la volonté individuelle de leurs membres* » (B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – contribution à la théorie de la personnalité morale* », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° XXVII, p.33 reprenenant la théorie du professeur Gierke),
- la réalité technique dont l'élément essentiel est « *l'intérêt vers lequel tend cette volonté* » (B. Dondero, idem n°XXVIII p.34 selon celle du professeur Michoud).

[1438] Cass Req. 23 février 1891, DP 1891.1.337 : *« il est de l'essence des sociétés civiles aussi bien que des sociétés commerciales de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun des membres ».*
[1439] Cas Civ 2ème, 28 janvier 1954, JCP, 1954.II.7978 : *« la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement recconnus et protégés ; si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organisames créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ».*
[1440] B. Dondero, idem n° IX p.21.

425. Jusqu'en 1978[1441], aucun article du Code civil ne visait expressément la personnalité juridique des personnes morales. Le législateur a, soit reconnu la personnalité juridique à certaines organisations, quitte à fixer la date de création de la personnalité morale[1442], soit les leur a dénié expressément[1443], malgré les intérêts collectifs, la volonté collective et l'organisation collective de ces groupements. C'est la volonté des participants qui implique d'ailleurs la non-création de la personnalité morale : *« les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée »* [1444]. En outre, par principe le droit communautaire considère que le droit national a vocation à déterminer la constitution et le fonctionnement des personnes morales dans l'ordre juridique national[1445].

426. « *Certes, la personnalité juridique, lorsqu'elle ne découle pas d'une création légale, peut voir son existence reconnue par le juge. Elle se révèle ainsi à lui au travers d'une réalité qui s'impose et qu'il lui appartient de constater* » [1446]. Le juge ne peut établir cette personnalité lorsque le législateur l'a expressément subordonnée à une procédure non-respectée en l'occurrence. Le caractère non-révélé de certaines sociétés en partipation justifie pour certains auteurs l'absence de personnalité morale des sociétés en participation ou créées de fait [1447].

En outre, lorsque le législateur dénie expressément la personnalité morale à l'un ou l'autre groupement, les tribunaux ne peuvent mettre en œuvre les théories de la réalité aussi bien concrête que technique [1448]. Le contraire serait d'agir contra legem.

C'est le choix effectué dans notre droit positif aux articles 1842 alinéa 1 du Code civil alinéa 1[1449] et 1871 alinéa 1[1450].

[1441] Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978.

[1442] Par exemple, l'immatriculation au RCS.

[1443] Article 1871 alinéa 1, à propos de la société en participation, et article 1873, relatif aux sociétés créées de fait, du Code civil.

[1444] Article 1871 alinéa 1 première phrase.

[1445] CJCE 27 septembre 1988, affaire 81/87, The Queen contre H.M/ Treasury and Commissioners of Inland Revenu, ex parte Daily Mail and General Trust plc.

[1446] T. Lamarche, « La notion d'entreprise », RTD Com, 2006, p.709.

[1447] Y.Zein, *Les pools bancaires*, Economica Collection Droit Civil, 1998, n°523 : *« le seul caractère informel des pools bancaires qui en fait une société tacite, non constituée comme telle par ses membres, suffit pour exclure la qualification de société régulière immatriculée (car une telle société est nécessairement voulue comme telle) et transpose les pools au domaine du fait ».* Cet auteur considère d'ailleurs que les pools « occultes » sont des sociétés créées de fait et non des sociétés en participation.

[1448] B. Dondero, idem n° XXXI.

[1449] « *Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation* ».

2° Le principe de non-application des lois relatives aux procédures collectives à l'encontre des sociétés en participation

427. Nous étudierons les raisons, le fait qu'il consacre une non-reconnaissance sociétaire et enfin ses conséquences pratiques. La société en participation est une entreprise car elle « *exerce une activité économique* » [1451]. L'activité économique est par essence indépendante du statut juridique et du mode de fonctionnement du groupement. Si la notion d'activité économique, donc d'entreprise, a été « *réifiée et personnalisée*» [1452] , les différentes règles sur les procédures collectives n'ont pas vocation à s'appliquer à des groupements non-dotés de la personnalité morale, car les différentes lois régissant ces procédures présentent l'entreprise *« comme un véritable sujet de droit »* [1453]. Le terme « sujet de droit » implique une personne physique ou morale.

a) Les raisons de cette non-application

428. Ce principe, déjà fort ancien, a été remis partiellement en question avant la loi de 1985[1454]. Il s'explique, vis-à-vis de la société en participation par l'absence de personnalité

[1450] « *les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors « société en participation ». Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens* ». Article auquel renvoie l'article 1873 du Code civil relatif aux sociétés créées de fait.
[1451] T. Lamarche, « La notion d'entreprise », RTD Com, 2006, p.709.
[1452] Ibidem.
[1453] Ibidem.
[1454] CA Paris 25 février 1972, Revue des Sociétés, 1972, p.471, note J.H. : « *une société de fait à objet commercial ne peut être mise en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens en application de l'article 1[er] de la loi du 13 juillet 1967, qui ne s'applique qu'aux commerçants et aux personnes morales de droit privé, faute d'avoir été immatriculée au registre du commerce… »* .
Voir aussi N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé – éléments pour une théorie,* LGDJ, 2004, n°144, p.82 : « *par le passé, la Cour de cassation avait également admis qu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires pouvait être ouverte contre des sociétés de fait » (CA Aix-en-Provence 3 septembre 1976, D 1977 II 131, note F. Derrida et Cass Com 12 janvier 1979, D 1979 IR 372, observation F. Derrida ; Cass Com 18 mai 1981, Revue des Sociétés, 1981, p.854, note F. Dekeuwer-Défossez). « Or la loi de 1985 ne prévoit cette ouverture qu'à l'encontre des personnes physiques et des personnes morales de droit privé. Pour fonder cette solution, il n'existe donc que deux possibilités : ou bien les sociétés non immatriculées constituent des personnes juridiques – au moins au regard du redressement ou de la liquidation judiciaires – ou bien une procédure collective peut être ouverte contre des entités qui ne sont pas des personnes juridiques. La première remet en cause la règle selon la quelle les sociétés ne sont dotées de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation au regard du registre du commerce et des sociétés. La seconde porte atteinte au principe selon lequel les actions de justice contentieuse sont exercées uniquement contre des personnes juridiques. Dans les deux hypothèses, il est permis de conclure que ces sociétés disposent d'une capacité passive voire, selon Monsieur Derrida (sous CA Aix-en-Provence 3 septembre 1976), d'une* « personnalité morale judiciaire ». *La Cour de cassation semble avoir depuis lors condamné cette solution » (Cass Com 25 février 1986, Bull Civ IV n°32 ; Cass Com 10 mars 1987, Revue des Sociétés, 1987, p.587, note J.-P. Sortais).* Remarquons que le juge pénal n'a, pour le moment, pas reconnu cette « *capacité passive* ».

morale, mais aussi, nous semble-t-il par son caractère non révélé[1455]. En effet, comme l'existence de la société était ignorée des tiers, on ne voit pas pourquoi elle aurait pu faire l'objet d'un recours de ces derniers. Il en résulte que, si l'objet social est commercial, le chef de file, s'étant livré à une activité commerciale ou artisanale, peut être déclaré en état de cessation des paiements. A défaut, avant la réforme du 26 juillet 2005, il échappe aux procédures collectives[1456]. Cette situation devient choquante, lorsque l'un des autres participants avait « *exercé une influence prépondérante dans la marche de la société. La jurisprudence y a remédié en décidant que le participant qui s'était révélé au tiers comme un co-gérant devait être traité comme tel*[1457] *ou encore que la disparition du caractère occulte de la société transformait celle-ci en une société de fait dont la liquidation des biens devait être étendue à tous les associés*[1458] *dès lors que ceux-ci n'avaient prévu aucune limitation de leur responsabilité* »[1459].

Ce principe a été appliqué sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967[1460]. Par équité vis-à-vis des créanciers, « *l'impossibilité de prononcer l'ouverture d'une procédure à l'encontre de la*

N. Baruchel, idem n°635 p.349 : « *quant au juge pénal, il n'a jamais, jusqu'ici, reconnu la capacité passive d'un groupement de fait n'ayant pas accompli une formalité légale, afin de lui infliger une sanction pénale. Pourtant, la question de la responsabilité pénale de ces groupements pourrait lui être posée. La jurisprudence civile pourrait, dès lors, être transposée en matière pénale s'agissant d'une association de fait, d'un syndicat de fait, d'une société en participation ou d'une société créée de fait* ».

[1455] J. Calais-Auloy note sous CA Montpellier 29 octobre 1959, D 1960, 159 : « *une société en participation encourt la faillite ou le règlement judiciaire si elle est révélée aux tiers sous la forme d'une société en nom collectif* ».

[1456] Cass Com 6 janvier 1987, Joly, 1987, p.97 : *il lui appartient, pour se soustraire à cette procédure, de prouver qu'il n'a pas effectué d'actes de commerce…*

[1457] Cass Req. 26 avril 1926, D.H.1926, 282.

[1458] Cass Com 21 novembre 1950, Bull Cass 1950, 3, n°344, CA Troyes 19 décembre 1949, S 1951.2.49 et CA Montpellier 29 octobre 1959, D 1960.159, note J. Calais-Auloy : *par suite lorsqu'un commerçant et une société sont liés par un contrat d'association en participation amiable antérieurement à la faillite du premier et que cette association est demeurée occulte, il s'agit, pour le tribunal, de constater non pas l'existence de la convention mais un état de fait en contradiction avec cette convention conditionnant l'extension de la faillite appelée à devenir ainsi commune aux deux parties.*

[1459] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 2, 13ème édition par René Roblot, LGDJ, 1992, n°2857, p.862.

[1460] P. Merle note sous Cass Com 7 juillet 1981, RTD Com, 1981, p.844 : en l'espèce, il s'agissait d'une SARL non encore immatriculée. La Cour d'appel avait prononcé le règlement judiciaire des fondateurs, estimant qu'ils étaient indéfiniment et solidairement responsables des actes accomplis avant l'immatriculation ; la Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché « *si les époux avaient exercé des actes de commerce et en avaient fait leur profession habituelle ou s'ils avaient exploité une entreprise commerciale* ».

CA Aix-en-Provence 3 septembre 1976, D 1977 IR 131, note F. Derrida : « *les membres de la société en participation doivent avoir fait des actes de commerce, serait-ce sous le couvert de la société, à titre professionnel ou tout du moins habituel* » et Cass Com 12 janvier 1979 D 1979 IR 372 note F. Derrida.

Le même raisonnement peut être effectué à propos d'une société en formation. Voir R. Houin, note sous CA Paris 30 janvier 1971, RTD Com 1972, n°13 p.477 : « *d'un autre côté, la société était dépourvue de personnalité morale et ne pouvait donc pas être mise en liquidation des biens, fût-ce en qualité de société de fait ; dès lors, il ne pouvait être question « d'étendre » cette mesure aux fondateurs ou gérants en les considérant soit comme des associés solidairement responsables, soit comme des « dirigeants sociaux ». D'un autre côté, l'article 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, était inefficace car il établit seulement une*

société amène les juridictions à se montrer peu exigeantes quant aux conditions exigées pour que chaque coexploitant soit considéré comme personnellement commerçant »[1461]. Pourtant, la jurisprudence, lorsqu'elle constate l'existence d'une masse unique, étend la procédure à l'organisation ad-hoc[1462], créant ainsi une confusion de patrimoines[1463], certes économiquement justifiable, mais, nous semble-t-il, guère logique juridiquement.

429. L'avènement de la société ostensible de la loi du 4 janvier 1978 et la modification de la législation sur les procédures collectives de la loi du 25 janvier 1985 ont quelque peu modifié cette norme. Dès lors, une société ne peut être déclarée en état de redressement ou de liquidation judiciaire, si elle n'est pas immatriculée au registre des commerces et des sociétés. « *L'ensemble du droit est fondé sur la notion de patrimoine et donc sur l'existence et la présence d'une personne physique ou morale. Ce n'est, au niveau textuel, que de manière secondaire qu'apparaît l'incidence de l'entreprise »*[1464]. Cette règle concerne tant les sociétés

---

responsabilité personnelle à la charge de ceux des fondateurs et premiers dirigeants sociaux qui ont agi au nom de la société en formation, ce qui ne suffit pas à leur attribuer la qualité de commerçant. Mais si la période de fondation s'étend, comme en l'espèce, sur une durée assez longue et si l'activité commerciale commence pendant cette période, on peut considérer que tous les associés initiaux font le commerce en commun, ce qui suffit à leur donner la qualité de commerçant ».

[1461] Cass Com 18 mai 1981, Revue des Sociétés, 1982, p.854, note F. Dekeuwer-Défossez.

[1462] APS, note sous CA Rouen 6 novembre 1980, Gaz. Pal., 1981, p 249, la cour avait constaté une apparente confusion entre deux sociétés commerciales et une société immobilière, créant ainsi une « *société de fait à caractère commercial* : *outre le cas des sociétés fictives, la jurisprudence semble également favorable dans son ensemble à l'extension de la faillite aux cas de confusion de patrimoines et à la constitution qui découle de cette confusion d'une masse unique des créanciers* ».

TGI Digne 19 juin 1985, D 1986 IR 10 : « *les procédures collectives sont applicables aux groupements de fait qui, à l'égard des tiers, des créanciers, donnent l'apparence de posséder une personnalité propre* ». Note F. Derrida, sous TGI Digne 19 juin 1985, D 1986 IR 10: « *le point de départ se trouve nécessairement dans la jurisprudence qui a reconnu une personnalité morale à tout groupement qui, n'étant pas doté par lui-même de la personnalité morale, avait cependant, et contrairement par l'article L 13-7-1967, été soumis à une procédure collective par une décision de justice passée en force de chose jugée ; impliquant l'existence d'une personne morale, cette décision en fait nécessairement une du groupement né de l'établissement qui ne l'est pas… Pour étendre à l'association la procédure ouverte contre le centre, il suffirait donc d'établir la confusion des patrimoines … La confusion des patrimoines commande l'extension à l'association de la procédure ouverte contre le centre, son état de cessation des paiements résultant automatiquement de celui du centre…* ».

Note J.-M. Calendini sous TGI Digne 19 juin 1986, Revue des Sociétés, 1987, p.75 : « *on peut s'interroger sur l'opportunité du maintien de l'exigence de la personnalité morale des groupements de droit privé pour l'ouverture d'une procédure collective. En effet d'une part, le nombre de groupements de droit privé dépourvus de personnalité morale est élevé. D'autre part, l'exigence de la personnalité morale risque dans certains cas de déboucher sur un vide juridique… vide juridique qui peut se révéler préjudiciable pour les créanciers du groupement de fait* ».

Voir aussi CA Paris 22 septembre 1987, D 1987 IR 22 : « *ne peuvent se soustraire aux responsabilités et obligations inhérentes à la qualité de commerçant les personnes physiques qui, bien que non inscrites au RCS, ont fait le commerce, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une ou plusieurs d'entre elles constituées comme leur mandataire commun* ».

[1463] Que l'on retrouve dans le cadre des groupes de sociétés lors des procédures collectives. Voir P. Delebecque, « Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoine et responsabilité des membres du groupe », Revue des Procédures Collectives, 1998, p.129.

[1464] B. Soinne, « L'entreprise et les lois de 1984 et de 1985 », Revue des Procédures Collectives, 2002, p.19.

en participation que les sociétés créées de fait ou en formation[1465]. Pourtant, les deux premières notamment, sur le plan de la gestion, peuvent être considérées comme de véritables entreprises, en raison de leur activité économique[1466]. Lorsque la société est ostensible, en application de l'article 1872-1 alinéas 2 et 3 du Code civil, les participants s'étant comportés aux yeux des tiers comme des associés peuvent être déclarés ensemble en état de cessation de paiement. Plus obscure est la situation du sleeping-partner, inconnu des tiers. Il est logique de considérer qu'il puisse ne pas faire l'objet d'une procédure collective car il n'est pas engagé vis-à-vis des tiers. Cette situation démontre l'absence de reconnaissance sociétaire pour la société en participation.

b) La non –reconnaissance sociétaire

430. Ce principe entraîne la non - reconnaissance du caractère de sociétés aux sociétés en participation ou créées de fait par le législateur du 1er mars 1984[1467], du 25 janvier 1985[1468] et du 26 juillet 2005. La loi de 1984 instituait des procédures d'alerte déclenchées par le commissaire aux comptes, les associés ou actionnaires des sociétés à responsabilité limitée, les institutions représentatives du personnel ou le président du Tribunal de Commerce. Ces procédures ne concernent pas, de fait[1469] ou de droit, les sociétés en participation ou créées de fait. D'autre part, pour la possibilité de règlement amiable, l'article 35 de la loi du 1er mars 1984 visait « *les dirigeants des entreprises commerciales ou artisanales et de toute autre entreprise ayant une activité économique* ». La jurisprudence[1470] a considéré que ces entreprises peuvent être exploitées par une « *personne physique ou morale* ». Par ricochet, elle exclut directement les sociétés non immatriculées, dont les sociétés en participation, en

---

[1465] Cass Com 10 mars 1987, Revue des Sociétés, 1987, p.587, Revue de Droit Bancaire et Bourse, 1987, p.98 et JCP, Ed. G., 1987.II.20830, note Y. Guyon : « *les procédures collectives ont pour finalité première la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de son activité. Or une société non immatriculée, même si elle a exercé une activité, est une structure imparfaite dont le redressement ne peut se concevoir sans le support de la personnalité morale* ».

[1466] CJCE 23 avril 1991 Höfner et Elser, Rec. CJCE, 1991, I, p.1979 : « *la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement* ». Selon la CA Rouen 14 septembre 1994, RJDA, 1994, n°1345, une entreprise est une « *entité à finalité économique* ».

[1467] Loi relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

[1468] Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, modifiée par la loi du 10 juin 1994

[1469] Notamment en l'absence généralisée d'institution représentative du personnel.

[1470] CA Chambéry 3 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987.1.133, Revue des Procédures Collectives 1987 n°3 p.8 note Yves Chaput.

raison de sa nature purement contractuelle[1471]. Il en est de même du législateur[1472]. Les procédures instituées dans la loi du 26 juillet 2005 ne changent pas cet état, tant pour les procédures de mandataire ad-hoc, que de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires. Car, si la loi du 26 juillet 2005 a étendu les procédures collectives aux personnes physiques exerçant des professions libérales, elle continue à estimer comme préalable nécessaire l'existence de la personnalité morale.

431. Or, dans le cadre des réflexions sur la réforme des procédures collectives, certains auteurs estimaient, nécessaire d'étendre les règles de « faillite »[1473] à de telles structures, notamment en raison du caractère ostensible de certaines d'entre elles : « *à une époque où l'on recense 50 000 sociétés créées de fait, le plus souvent parfaitement ostensibles, déclarées sur les formulaires fiscaux…, et titulaires de comptes bancaires, il paraît aussi urgent qu'indispensable de régler leur sort en cas de cessation des paiements. Espérons qu'elles ne seront pas oubliées lors des prochaines réformes du droit des « faillites »* »[1474]. Ce n'est pas le chemin emprunté par la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises. A défaut, certains auteurs proposent une confusion des patrimoines des associés, dans le cadre des sociétés en participation ostensibles[1475]. Cette solution, économiquement pratique pour les créanciers, pose néanmoins le problème d'un agglomérat de patrimoines n'ayant juridiquement aucun lien entre eux. Ce serait élaborer une sorte d'apparence de personnalité morale de fait liée tant au caractère ostensible de la société que de l'immixtion des associés eux-mêmes[1476].

[1471] F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno note sous Cass Com 26 novembre 1996, Revue des Sociétés, 1997, p. 357 : « *la jurisprudence décide avec constance, d'une manière qui semble incontournable qu'une société dépersonnalisée, c'est-à-dire réduite à l'état pur de contrat, ne saurait bénéficier de la protection de la législation sur les procédures collectives* ».
[1472] J.-F. Barbieri, « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », Les Petites Affiches, 23 avril 1986, p.18 : « *la société est considérée en droit français, comme la structure d'accueil, par excellence, pour l'entreprise* ». Il faudrait ajouter à cette constatation la société dotée de la personnalité morale.
[1473] Dans le sens « procédures collectives » et non pas « sanction infamante ».
[1474] F. Dekeuwer-Défossez note sous Cass Com 18 mai 1991, Revue des Sociétés, 1982, p.854.
[1475] J.-Cl. Hallouin, « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires », JCP, Ed. E., 1989, 15416 : « *dans une société en participation ostensible, lorsque plusieurs associés se seront manifestés dans le fonctionnement de la société, il y a de fortes chances que l'on puisse établir l'existence d'une confusion entre leurs patrimoines. On pourra alors non seulement étendre le redressement ou la liquidation judiciaire à tous les associés dont les patrimoines auront été confondus mais encore décider qu'il y a une procédure unique… Dans les sociétés occultes, le fonds sera indivis entre tous les associés mais un seul d'entre eux l'exploitera. Dans un tel cas, il n'y aura pas systématiquement confusion des patrimoines. Mais dès que le fonds aura une certaine consistance le risque de sa reconnaissance sera plus grand….* ».
[1476] J.-C. Hallouin, idem.

c) Les conséquences pratiques de cette non-reconnaissance

432. Par contre, à défaut de pouvoir engager une procédure collective contre la société en participation elle-même, le créancier doit se retourner contre les participants. Cette situation peut d'ailleurs faire jouer la règle de la solidarité commerciale en touchant le patrimoine « privé » de l'associé - commerçant[1477]. « *Il va falloir mener parallèlement plusieurs procédures. En théorie, dans ces procédures, il faut établir pour chaque associé qu'il remplit les conditions de fond du redressement judiciaire, c'est-à-dire qu'il a la qualité de commerçant, d'artisan ou de personne morale de droit privé et qu'il est en état de cessation des paiements. Une fois ces conditions établies, il faut mettre en place pour chacun tout le dispositif judiciaire de redressement ou de liquidation »*[1478]. Avec la loi du 26 juillet 2005, il faut ajouter à la liste les professions libérales. Dès lors, pour les participants, il suffit d'agir exclusivement au nom de la société[1479] ou être sleeping-partner pour échapper aux règles des procédures collectives[1480].

433. Dans ces conditions, quelle est dans le cadre d'une procédure collective la qualification juridique d'un contrat de société en participation ? La question n'est pas aisée à trancher, car d'une part, ce contrat est encore reconnu par la jurisprudence comme une société, d'autre part,

---

1477 A. Honorat note sous Cass Com 16 décembre 1975, Revue des Sociétés, 1976, p.502 : « *après avoir constaté que deux époux avaient exploité en commun le fonds de commerce de la société qu'ils avaient créée de fait, les juges du fond peuvent prononcer la liquidation des biens de deux associés tenus solidairement et indéfiniment des dettes, alors même que la liquidation des biens de la société n'a pu être prononcée* ».
Voir aussi H. Temple note sous Cass Com 16 décembre 1975, D 1978 J 292 : « *les tiers pâtissent aussi de l'impossibilité de mettre en faillite une société de fait* ».
1478 J.-C. Hallouin, idem.
1479 P. Didier, note sous Cass Com 7 octobre 1986, prévoyant l'extension à la liquidation des biens personnels de l'associé de fait lorsqu'il possède la qualité de commerçant et TGI de Dignes 6 novembre 1985, Revue des Procédures Collectives 1987, p.28 ; voir aussi S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, n°434, p.191 : « *de l'impossibilité d'une procédure contre la société non immatriculée, il ressort la nécessité de diligenter des procédures séparées contre les associés eux-mêmes, ce qui place les associés de sociétés créées de fait en ligne de front. Mais, pour autant, cette solution ne lève pas tous les obstacles puisque ces procédures ne peuvent techniquement aboutir qu'à partir du moment où les associés assignés remplissent personnellement les conditions pour être attraits dans une telle ou telle procédure. Cela oblige à établir leur qualité de commerçant (ou d'artisan) ou leur participation personnelle à l'exploitation, la jurisprudence est constante à cet égard. … La qualité de commerçant ne saurait être déduite de la seule obligation au passif, encore faut-il qu'ils réalisent à titre de profession indépendante et habituelle des actes de commerce* ». Ajoutons avec la réforme de juillet 2005 les professions libérales. Cette analyse doit être effectuée à l'identique avec une société en participation.
1480 H. Le Nabasque note sous Cass Com 30 mars 1993 et Cass Com 27 avril 1993, Joly, 1993, n°228, p.775 a contrario : « *la qualité de commerçant ne se déduit nullement, sauf exception légale, de l'obligation au passif mais de la réalisation, à titre de profession indépendante et habituelle, des actes de commerce* ».

il est inconnu des cas de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires. En effet, la Cour d'appel de Douai a été amenée le 12 octobre 1995[1481] à se prononcer sur l'application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985[1482] à une convention de société en participation, constituée dans le cadre de l'exécution de chantiers publics, pour la production de macadam. Elle a estimé à propos de la société en participation que « *l'absence de personnalité morale ne peut avoir pour conséquence, ainsi que soutenu par le représentant des créanciers, de les réduire à des contrats ordinaires à qui s'appliquerait l'article 86 de la loi…que ce type de contrat n'a pas en effet exclusivement pour finalité l'approvisionnement de chacun des participants, mais également celle de régler au plan technique administratif et financier l'exploitation du (ou des) moyen (s) d'exploitation propriété (s) de la SARL à qui il se rattache par un lien nécessaire selon la construction juridique voulue par les parties* ». Or, cette convention est incontestablement un contrat intuitu personae. Comme l'a démontré le professeur Bernard Soinne, il faut néanmoins considérer que « *l'absence de personnalité morale conduit inévitablement à traiter ces «* associations » *comme de simples contrats soumis en conséquence à l'article L 86 »*[1483] . Nous estimons qu'il faut aussi les envisager en tant que tels pour la procédure de continuation de contrat en cours.

434. Quant aux contrats de production, qualifiés par la jurisprudence de société en participation, ils suivent, au regard des procédures collectives, une procédure particulière définie à l'article L 132-30 du Code de la Propriété Intellectuelle[1484]. Si une société de production fait l'objet d'une cession ou d'une liquidation judiciaire, les contrats de production audiovisuelle ne sont pas obligatoirement résiliés. C'est à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire d'assumer la charge de producteur[1485]. En outre, en vertu de l'article L 132-30 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'auteur et les coauteurs possèdent un droit de préemption sur l'œuvre, sauf si l'un des coproducteurs se déclare acquéreur* ».

[1481] CA Douai 12 octobre 1995, Revue des Procédures Collectives, 1996,.1 p.98.

[1482] G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial* tome 2, 13ème édition par R. Roblot, LGDJ, 1992, n°3197, p.1138 : dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise, « *en vue de préserver toutes les chances de sauvetage de l'entreprise, l'article 86 de la loi confère au tribunal des pouvoirs exorbitants qui constituent des atteintes graves au droit commun des contrats. … Le tribunal qui arrête le plan doit mentionner spécialement les contrats dont la continuation est jugée nécessaire au maintien de l'activité (Cass Com 16 octobre 1990, Bull Cass 1990, 4, n°463)… Le jugement emporte cession des contrats…* ».
Les contrats visés sont, classiquement, les crédits-baux, la location-gérance, le maintien d'une ouverture de crédit …, mais pas le cautionnement. « *On ne peut en effet contraindre une caution à maintenir son engagement au profit d'un repreneur* ».

[1483] B. Soinne, note sous CA Douai 12 octobre 1995, Revue des Procédures Collectives, 1996.1 p.98

[1484] C.-E. Renault, « Les conséquences de la liquidation judiciaire des sociétés de production audiovisuelle », Gaz. Pal., 13 mai 2003, n°133, p.17.

[1485] CA Paris 16 novembre 1989, D 1990 sommaire p.287, note T.Hassler : « *en cas de défaillance totale ou partielle de l'une des parties, l'autre coproducteur aurait la possibilité de se substituer à la partie défaillante* ».

435. La nécessité de saisir les participants et non la société en participation, l'interprétation de la doctrine de l'ancien article L 86 mais aussi la situation particulière des contrats de production sont la reconnaissance pour une partie de la doctrine du caractère purement contractuel de la société en participation, allant jusqu'à lui reconnaître une absence d'attribut social, au regard des procédures collectives. Mais il est vrai que cette reconnaissance pose quelques problèmes pratiques, notamment d'économie générale du contrat, telles que les relations entre les participants, notamment si l'un d'eux est étranger, dans le cadre d'une joint-venture[1486], et les conséquences sur une éventuelle indivision, car les contrats sont transmis, dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement, tels qu'ils existaient au jour de l'ouverture de la procédure.

436. Lorsque la société en participation est un simple contrat intuitu personae elle peut bénéficier en contrepartie de la novation ou des anéantissements du contrat initial, comme tout contrat, au regard du droit des obligations.

Section 2 : Les conséquences à l'égard des associés

437. La disparition de l'aventure en commun implique nécessairement une situation comptable permettant de transmettre aux différents participants leur boni ou de leur demander de faire face au mali. Il arrive que dans cette circonstance apparaîssent des incongruités comptables susceptibles d'entraîner la responsabilité du mandataire-chef de file[1487]. A cette condition, ses fautes prennent une envergure considérable puisque d'une part les participants n'ont plus de raisons matérielles de rester soudés, et que d'autre part la

[1486] Y. Guyon, *Droit des Affaires – Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite,* Economica, tome 2, 9ème édition, 2003, p.326 : « *la transmission des contrats se heurte à des obstacles quasi insurmontables lorsque le cocontractant est étranger. Certes la cession est régie par la loi française, applicable en tant que loi d'une procédure collective ouverte en France. Néanmoins, le cessionnaire aura le plus grand mal à faire exécuter cette cession à l'étranger, car les tribunaux locaux auront tendance à juger que cette substitution forcée de cocontractant est contraire à l'ordre public. L'article L.621-88 sera donc vraisemblablement un texte à usage interne* ».

[1487] Cass Com 29 janvier 2008 n° de pourvoi 06-15698 : la comptabilité laissait apparaître une perte provisoire mais omettait l'inscription d'une garantie portant sur la situation nette.

situation devient définitive, notamment sur le plan fiscal[1488]. Néanmoins, lorsque le chef de file a été lui-même liquidé, c'est au liquidateur d'assumer cette situation[1489].

Dès lors, il convient d'envisager la partie pratique de la disparition d'une société en participation : d'une part la reddition des comptes, d'autre part la fiscalité de la « dissolution ».

§I) La reddition des comptes

438. Un parallélisme est à relever entre la mort de la société en participation et sa création, à savoir l'absence de toute publicité. Cette situation n'est pas sans incidence sur la responsabilité des participants, ni sur les relations entre les participants eux-mêmes[1490]. En effet, en l'absence de publicité, la « dissolution » n'est pas opposable aux tiers. A l'égard de ceux-ci le contrat perdure, sauf si les participants en avertissent directement les cocontractants de la société[1491]. Dans le cadre des relations internes entre les participants, il convient qu'ils soient particulièrement vigilants concernant la matérialisation des opérations de liquidation.

Nous étudierons cette disparition en déterminant s'il s'agit d'une liquidation ou plutôt d'un règlement des comptes et les modalités y afférentes.

[1488] Cass Crim 27 septembre 2006 n° de pourvoi 05-87162 à propos d'une soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt sur le revenu : l'un des associés avait déclaré une participation au déficit de la société en participation à hauteur de 25 % alors que le bilan dressé à l'occasion de la dissolution de la société démontrait l'existence d'un bénéfice, né notamment d'une remise substantielle de dettes. Or il s'avèrait que l'associé en question ne pouvait ignorer la situation comptable.

[1489] Cass Com 6 mai 2008, D 2008. 1408 et D 2008. 2113 : à propos d'un redressement fiscal notifié au liquidateur.

[1490] Voir par exemple Cass Com 9 février 1988, Joly, 1988, p.289 : « *une cour d'appel a jugé à bon droit qu'une personne pouvait revendiquer la moitié de la valeur d'un fonds de commerce exploité originellement avec une autre personne sous forme de société en participation, même si à cette société, a été substitué par la suite un contrat de location-gérance, normalement exclusif de tout lien d'association. Tel est le cas, lorsque cette cour a constaté que la société en participation n'a pas été liquidée et que la location-gérance était purement apparente* ».

[1491] Cass Com 13 mars 2001, Joly, 2001, p.919, note P. Le Cannu.

1° Liquidation ou règlement des comptes ?

439. Bien souvent, la jurisprudence utilise le terme de liquidation des comptes, en raison du caractère social reconnu par le législateur à la société en participation ou créée de fait. Pourtant, en l'absence de patrimoine social, « *il doit être procédé à une simple opération de règlement de comptes entre les associés* »[1492], la liquidation impliquant l'existence d'une personnalité morale et d'un patrimoine à liquider. Divers arrêts insistent sur cette notion de règlement des comptes[1493]. Certains auteurs relient cette reddition des comptes à l'absence de patrimoine social[1494]. Il nous semble que la raison essentielle porte sur le caractère éminemment contractuel de la société en participation dépourvue de personnalité morale[1495] et cela simplement en vertu de l'article 1993 du Code civil[1496]. La liquidation impliquerait la disparition juridique d'une structure qui n'a pas d'existence juridique[1497]. Par contre, comme pour toute alliance, il s'agit de répartir à la cessation de l'alliance, les fruits ou les pertes. C'est pourquoi, il appartient au chef de file de rendre des comptes aux différents participants, afin de répartir entre eux le boni ou le mali de liquidation[1498].

Ajoutons qu'il peut y avoir deux redditions des comptes : l'une portant sur la participation proprement dite, l'autre sur une indivision[1499], en raison de l'éventuelle coexistence de deux

---

[1492] CA Paris 13 octobre 1987, Joly, 1988, p.93 et P. Merle, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Dalloz, 16ème édition, 2013, n°613 : *« il n'y a pas à proprement parler de liquidation de la société, puisqu'il n'y a ni actif, ni pasif sociaux distincts des patrimoines personnels des participants. Il n'y a lieu qu'à un règlement de comptes entre les associés, les comptes étant en général arrêtés par le gérant ».*

[1493] Cass Com 9 février 1988, Joly, 1988, p.289 : « *à défaut de patrimoine social, la dissolution de la société en participation n'entraîne qu'un règlement des comptes entre associés, chacun reprenant ses apports, le boni subsistant éventuellement étant réparti selon la convention des parties ».*

[1494] Voir notamment P. Merle, idem.

[1495] Y. Chartier, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 (loi n°78-9 du 4 janvier 1978) », JCP, Ed. G., 1978.I.2917 : « *la dissolution entraîne la liquidation de la société qui consiste essentiellement, puisqu'il n'existe pas de patrimoine social, en une reddition des comptes, une reprise des apports et un partage des bénéfices ou éventuellement une répartition des pertes ».*

[1496] Article 1993 du Code civil : « *tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».*

[1497] Par contre la fiscalité, notamment par le biais de l'impôt sur les bénéfices, oblige le chef de file à déterminer les éléments « d'actif » et « de passif » comptables du contrat de société en participation. C'est ainsi que le résultat de l'opération peut être « officialisé » ; il en est de même des éventuelles plus ou moins-values.

[1498] TGI Carcassonne 21 juillet 1994, Bull. inf. C.Cass, 1995, n°202.

[1499] Cass Com 29 novembre 1988, Revue des Sociétés, 1989, p.65, note P. Le Cannu : en l'espèce, un fonds de commerce de restaurant aurait été acquis par deux couples, sous forme d'une indivision, bien que les éléments de fait ne soient pas particulièrement clairs. Puis l'exploitation en commun dudit restaurant aurait entraîné la constitution d'une société en participation. Dès lors, l'une des hypothèses posées par le professeur Le Cannu doit être mise en perspective : « *celle où le fonds, indivis, n'a pas été apporté à la société. Seule son exploitation était en participation. Dans ce cas, deux comptes distincts doivent être établis : le compte de l'indivision, qui aboutit en principe à un partage par moitié de la valeur de revente ; le compte de la participation, qui délimite la part de chacun, en proportion de son apport (sauf clause contraire), dans le résultat social, positif ou négatif. Les résultats de ces deux comptes devraient être compensables, dans la mesure où le fonds était utilisé pour l'exploitation sociale ».*

situations, caractérisée par l'absence de personnalité morale ; mais les deux procédures sont connexes[1500], voire intrinsèquement liées[1501] .
L'une des difficultés de la reddition des comptes est, dans certains cas, l'absence de délais fixés préalablement pour l'effectuer[1502].

2° Les modalités de règlement des comptes entre les participants

440. Les opérations de reddition ou de règlement des comptes peuvent être effectuées soit par les participants eux-mêmes, soit par un tiers[1503]. Le principe de liberté statutaire s'imposant, les participants peuvent prévoir les modalités de règlement des comptes, y compris une vente aux enchères en cas de désaccord sur la répartition[1504]. A défaut, les règles des sociétés civiles ou des sociétés en nom collectif doivent s'appliquer[1505]. Néanmoins, « *en vertu du parallélisme des formes, une publicité légale ne s'impose pas puisque cette formalité n'est pas exigée au moment de la constitution de la société. Ainsi, aucune disposition légale ne doit être respectée dans l'accomplissement de la liquidation des sociétés créées de fait. En revanche, pour déterminer l'étendue des droits et des obligations des associés lors de la liquidation, il convient de fixer la durée pendant laquelle la société a fonctionné* »[1506]. Cette analyse doit être entendue aux sociétés en participation, en raison de l'identique absence de formalités légales lors de leur constitution. Il convient cependant de parler plutôt de reddition des comptes que de liquidation.

[1500] Cass Com 1er octobre 1996, D 1996 IR 252 : « *aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis tant que la société n'est pas dissoute* ».
[1501] Cass Com 1er octobre 1986, Joly, 1987, p.40, note D. Randoux : « *intervenant après dissolution, le partage des biens indivis s'inscrit dès lors tout naturellement dans le processus de liquidation de la société* ». Cass Com 1er octobre 1986, JCP, 1997.II.22825, note D. Gibirila sur pourvoi de CA Paris 8 avril 1994, Joly, 1994, p.668, note P. Le Cannu.
[1502] Cass Com 16 juin 1998, JCP, Ed. E., 1998 panorama 1383 : « *c'est à bon droit que la cour d'appel retient que si la dissolution tacite de la société peut être fixée à la date de retraite du coassocié* (exploitation agricole), *il n'avait pas été pour autant procédé aux opérations de liquidation et de partage et que le coassocié n'était tenu d'aucun délai pour qu'il y soit procédé* ».
[1503] Il est aussi possible d'en faire nommer un par le juge, en cas de désaccord entre participants : Cass Req. 10 décembre 1895, S 1899.I.518 et T Com Lyon 6 février 1951, D1951 p.432.
[1504] Y. Guyon note sous CA Paris 29 avril 1986, Revue des Sociétés, 1986, p.459.
[1505] Cass Com 29 novembre 1988, Revue des Sociétés, 1989, p.65, note P. Le Cannu.
[1506] S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, n°452, p.197.

441. Après le paiement des dettes, qui peut entraîner un appel de fonds supplémentaire, pour y faire face[1507], en vertu de l'obligation faite aux participants de contribuer aux pertes de la société[1508], le partage des bénéfices ou des pertes dans le cadre d'une dissolution d'une société à durée illimitée doit être effectué conformément aux statuts ou, à défaut, en fonction des « apports » réellement réalisés par chacun des associés[1509].

442. Lors de la reddition des comptes, il faut tenir compte du partage des plus ou moins-values potentielles[1510] générées par l'activité de la société, notamment pour les biens en indivision[1511]. Rappelons que l'article 815 alinéa 1 du Code civil[1512], même lorsque la société en participation est à durée indéterminée[1513], n'a pas vocation à s'appliquer dans le cadre d'une société en participation, car leur partage risquerait d'entraîner l'impossibilité de poursuivre l'activité sociale, et cela en vertu de l'article 1872-2 alinéa 2 du Code civil[1514].

[1507] CA Paris 1[er] décembre 1999, Joly, 2000, p.741, note J. Vallansan : « *la Cour d'appel décide que l'appel de trésorerie ne constitue pas une demande d'apport mais une participation provisionnelle aux pertes destinée à assurer le fonctionnement de la société en application des statuts, et que la participation aux pertes n'est nullement subordonnée à une liquidation préalable de la société… et cela en raison de la qualité d'associé* ».

[1508] D. Gibirila, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », Defrénois, 1998, p.625 : « *l'étendue de l'obligation peut être appréciée à partir du parallèle susceptible d'être établi entre l'obligation aux dettes et la contribution aux pertes. Cette dernière existe dans toutes les sociétés civiles et commerciales, y compris celles dépourvues de la personnalité juridique (sociétés en participation et créées de fait), dans la mesure où elle découle de la définition du contrat de société donnée par l'article 1832 du Code civil en vertu duquel «* les associés s'engagent à contribuer aux pertes ... ». *En revanche, la définition du contrat de société ignore l'obligation aux dettes sociales qui ne touche que les sociétés de personnes. Lorsque le législateur la prévoit expressément, elle peut être invoquée à tout moment par les créanciers sociaux…* [Quant à l'obligation aux dettes sociales], *si l'obligation des associés revêt la nature d'obligation principale, les créanciers peuvent réclamer directement aux associés le paiement des dettes sociales. A l'inverse, si elle endosse l'aspect d'obligation accessoire de l'obligation sociale, les créanciers doivent d'abord s'adresser à la société avant de poursuivre les associés* ».

[1509] Cass Com 29 novembre 1988, Joly, 1989, p.195 et P. Moretti, « Règles applicables à la liquidation des sociétés en participation à caractère commercial », note sous Cass Com 29 novembre 1988, Petites Affiches, 6 mars 1989, p.2.

[1510] Cass Civ 1[ère] 23 mars 1984, Bull Civ I, n°169.

[1511] Indirectement par Cass Com 1[er] octobre 1996, Droit des Affaires, 1996, p.12 : « *dès lors qu'elle a ordonné la liquidation de la société, une cour d'appel ne peut autoriser le partage de l'immeuble indivis indépendamment des opérations préalables de reddition des comptes et de liquidation de la société* ».

[1512] Article 815 alinéa 1 du Code civil : « *nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué* ».

[1513] Cass Com 1[er] octobre 1996, JCP, Ed. E., 1997, 963, note D. Gibirila : Une société en participation a été constituée entre deux personnes pour une durée de 50 ans, ayant pour objet l'acquisition, la mise en valeur, la location et la vente de terrains et immeubles. Puis, elles ont acquis un bien immobilier et ont décidé de le mettre en indivision au sein de la société. L'une des parties demande le partage du bien indivis et les juges du fond, tout en déclarant l'action irrecevable, prononcèrent la dissolution, en raison du « *constat de mésentente entre les associés, constitutive d'un juste motif de dissolution judiciaire, notion qui se dégage à la fois des principes de droit commun des contrats (manquement de l'une des parties) et du caractère particulier du contrat de société fondé sur la volonté des associés de collaborer à une œuvre commune, autrement dit, l'affectio societatis* ». Le pourvoi de l'autre partie critique le lien effectué entre dissolution et partage, en arguant que l'irrecevabilité du partage des biens indivis était limitée à la société en participation à durée indéterminée.

[1514] Article 1872 alinéa 2 du Code civil : « *à moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute* ».

Ainsi, « *à moins, qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis tant que la société n'est pas dissoute* »[1515]. Dès lors, si l'article 815 alinéa 1 du Code civil n'a pas d'emblée vocation à s'appliquer, les participants peuvent lui redonner force, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, en application du droit des participants à « dissoudre » l'organisation pour toute cause prévue par les statuts.

Subsiste la difficulté de partager la plus-value (ou la moins-value) générée par l'aventure en commun, notamment lors de l'exploitation d'un fonds de commerce. Or, la jurisprudence estime qu'elle ne peut s'analyser en un simple bénéfice mais « *elle trouve sa cause dans l'apport* »[1516]. Il revient aux participants de déterminer les modalités de répartition, par une clause du contrat générant la société en participation, des fruits de l'exploitation, plus-value ou moins-value du fonds de commerce comprise. « *L'objet de la société* [est] *l'exploitation du fonds de commerce au bénéfice des deux associés, même si ce fonds appartenait à l'un seul des deux. Aussi ne serait-il pas illogique de faire profiter les deux de la plus-value, mais en ce cas, il faudrait corrélativement décider qu'ils doivent également supporter leur part de moins-value éventuelle* »[1517].

En outre, les sommes engagées par l'un des participants pour le compte de la société « *entrent dans le compte de liquidation* »[1518]. La mise à disposition au profit du contrat de société en participation d'un « apport » en industrie ne génère « *ni reprise, ni remboursement* »[1519] lors de la reddition des comptes définitifs de l'opération ; tout au plus, le participant « industrieux » bénéficie de l'éventuelle plus-value générée par sa participation. Il s'agit d'éviter simplement une perception indue des fruits de l'opération par celui qui a mis à disposition son industrie au profit du fonds de commerce ; c'est donc une rétribution du participant « industrieux ».

[1515] Cass Com 1er octobre 1996, Joly, 1997, p.40, note D. Randoux : « *sauf convention contraire, l'indivision doit avoir la même permanence que la société… Intervenant après la dissolution, le partage des biens indivis s'inscrit dès lors tout naturellement dans le processus de liquidation de la société* ».

[1516] CA Pau 25 octobre 2005, Joly, 2006, n°78, p.389 : il s'agit d'une mise à disposition des fonds ayant servi à l'acquisition du fonds de commerce pour le seul compte du commerçant.

[1517] J.-J. Daigre, note sous CA Pau 25 octobre 2005, Joly, 2006, n°78, p.389 : la Cour d'appel de Pau « *estime qu'il ne s'agit pas d'une clause relative aux bénéfices et qu'il s'agit d'une clause contractuelle de pure convenance entre les parties. Elle admet cependant qu'elle trouve sa cause dans le contrat de société en participation et forme la contrepartie de l'apport d'argent par l'investisseur* ».

[1518] Cass Civ 1ère 10 mai 1989, Joly, 1989, p.627.

[1519] J.-J. Daigre, note sous Cass Civ 1ère 19 avril 2005, Joly, 2005, n°281, p.1276 qui y voit « *l'indice d'une personnalité juridique minimale et relative, réduite aux relations entre associés, sans extériorisation à l'égard des tiers. Serait-ce vraiment surprenant ? Outre que l'on admet depuis longtemps une personnalité morale embryonnaire aux associations non déclarées, il ne serait pas plus étonnant qu'une société non immatriculée ait un peu de personnalité juridique alors que des groupements immatriculés ont une personnalité si fine qu'elle ne prive pas les tiers du droit d'agir contre leurs membres. La personnalité juridique, création de l'esprit humain, est malléable à souhait et selon les besoins* ».

La reddition des comptes s'accompagne nécessairement par sa transmission à l'administration fiscale. Le mandataire-chef de file doit déterminer les impôts dûs lors de la disparition de l'aventure en commun.

§II) La fiscalité de la « dissolution »

443. La dissolution d'une société est une opération doublement suicidaire : elle entraîne la disparition de l'aventure en commun et est fiscalement ruineuse si l'opération dégage un boni fiscal.

Comme nous l'avons déjà indiqué, sauf clause contraire des statuts, la société en participation est « dissoute » en cas :

- *« de décès d'un des associés ;*
- *de la révocation de l'un des gérants quand tous les participants sont gérants ou quand un ou plusieurs participants ont été désignés en tant que gérants dans les statuts ;*
- *de la mise en tutelle, de la liquidation judiciaire ou de la faillite personnelle d'un associé ;*
- *de notification adressée par l'un des associés à tous les autres, lorsque la société en participation est conclue pour une durée indéterminée[1520] ;*
- *de la réunion de toutes les parts en une seule main »*[1521].

Comme la constitution de la société n'est pas publiée, sa dissolution ne l'est pas non plus. La société va survivre pour les besoins de la liquidation.

1° La société relève de l'impôt sur le revenu

444. Au regard de l'article 201 du CGI, les résultats vont être imposables au taux normal, les plus-values nettes à long terme à 29,50 %[1522] ; les moins-values nettes à long terme vont

---

[1520] Cass Com 12 juillet 1993, Joly, 1993, p.1010, note P. Le Cannu.

[1521] D. Gibirila, *Droit des Sociétés*, Université-Droit, Ellipses, octobre 1997, n°315.

[1522] 16 % auxquels s'ajoutent les prélèvements sociaux, Mémento pratique Francis Lefebvre *Fiscal*, 2013, n°18100.

s'imputer à hauteur de 48 % sur le résultat d'exploitation[1523]. La reprise des apports ne sera pas imposable, ni la répartition des réserves, en raison de la taxation au moment de la réalisation des bénéfices. Mais, lors de la reprise des « apports », il faut tenir compte de « *la plus-value résultant pour ces apports de l'activité des autres associés, ainsi que des investissements et équipements particuliers dont ils ont bénéficié* »[1524]. La répartition des liquidités et des biens entraîne la perception des droits de partage.

Si la cessation d'activité de la société en participation, notamment la SEL, entraîne la cessation de l'activité professionnelle des participants, il conviendra de procéder au transfert fiscal du « patrimoine » professionnel dans les patrimoines privés. *« Ce transfert constitue le fait générateur d'une plus ou moins-value soumise au régime des plus ou moins-values professionnelles dont le montant est déterminé conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat[1525], à partir du prix de revient fiscal de ces droits lequel tient compte des bénéfices imposés et des déficits comblés ainsi que des déficits déduits et des bénéfices distribués »*[1526].

2° La société relève de l'impôt sur les sociétés

445. Les bénéfices seront imposés à 33,33 %[1527] . Mais l'imposition des plus-values nettes à long terme s'élevait à 19 %, mais à la condition de constituer des réserves de plus-values à long terme[1528], à hauteur de 81 % et d'imposer leur distribuation[1529] au précompte[1530], jusqu'au 31 décembre 2004. Cette contrainte a été supprimée pour les plus-values réalisées au cours des exercices ouverts à compter du 1er janvier 2004 ; de ce fait, « *le solde des plus-values pourra être distribué sans complément fiscal à compter de 2006* » [1531].

[1523] P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Précis, 2011, 10ème édition, Dalloz, n°891 ; M. Cozian, F.Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1699.

[1524] Cass Civ 1ère 23 mai 1984, JCP, 1984. IV p.247.

[1525] CE 16 février 2000 n° de pourvoi 133296, Droit Fiscal, 2000, n°14.

[1526] P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 2012-2013, 11ème édition, Dalloz, n°892 p.530.

[1527] Avec un taux d'imposition des plus-values nettes à long terme de 15 % et un régime de faveur pour les petites et moyennes entreprises. Ce régime impose à 15 % les bénéfices jusqu'à 38 120 €.
S'ajoutent éventuellement à l'IS la contribution sociale de 3,3 % et la contribution exceptionnelle de 5 % au titre des exercices clos entre le 31 décembre 2011 et le 31 décembre 2013.

[1528] Ces réserves s'imputaient sur le bénéfice, avant de calculer la part de bénéfice distribuable.

[1529] Pour celles datant de plus de cinq ans.

[1530] L'objectif de la fiscalisation des plus-values à long terme était d'obliger les entreprises à conserver ces sommes en réserve. En cas de distribution, la société devait s'acquitter d'un complément d'impôt qui portait le taux initial au taux normal. En pratique, le précompte mobilier correspondait à ce supplément d'IS, selon le Conseil Supérieur de l'Ordre des experts-comptables (CSOECC) lors de son cinquante neuvième congrès du 30 septembre au 2 octobre 2004, « Quelle politique fiscale pour l'entreprise ».

[1531] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, eptembre 2005, n°870.

Le partage final de l'opération supportera un droit de partage de 2,5%[1532], calculé « *sur le montant de l'actif net partagé, après déduction des impôts payés* »[1533]. Lorsque les associés reprennent leurs « apports », ils ne sont pas imposés. Le boni de liquidation, à savoir la part provenant des réserves capitalisées, est pour les associés considéré comme une distribution de dividendes. *« Les associés, s'ils y trouvent intérêt, peuvent opter pour le prélèvement libératoire de 30,10 % »*[1534] Mais, « *les mali de liquidation, à savoir les pertes subies par les personnes physiques, ne constituent pas des charges déductibles de leurs revenus imposables* [1535], mais une *moins-value sur cession de titres* »[1536]. Le régime des sociétés mères peut en outre s'appliquer ce qui entraîne « *l'exonération du boni de liquidation* »[1537].
Il ne faut pas oublier les cas où la création (ou la transformation de la société en participation) a « ressuscité » la théorie de la mutation conditionnelle[1538]. Il conviendra d'imposer la mutation du bien, essentiellement immeuble ou fonds de commerce, lorsqu'il est transmis, lors du passage à un autre associé que l'apporteur, les droits d'apports devenant dès lors exigibles.

446. S'il ya moins-value, elle peut être dûe à une situation sociale économique désatreuse. Se pose dès lors la question de la cessation des paiements, à savoir l'impossibilité de faire face au passif exigible par l'actif disponible. Se retrouve alors le domaine des procédures collectives.

[1532] Valable aussi dans le cadre d'une société soumise à l'IR ; P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, 11ème édition, Dalloz, 2012-2013, n°899, p.534 ; M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1703. Le taux était de 1,1 % jusqu'au 31 décembre 2011, Mémento pratique Francis Lefebvre *Fiscal*, 2013, n° 67095.

[1533] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°2286 bis ; M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1703.

[1534] M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1704.

[1535] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2001-2002*, 25ème édition, Litec Fiscal, septembre 2001, n°2610 ; M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1704.

[1536] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°2287

[1537] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°2288 ; M. Cozian, Florence Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34° édition, Litec, septembre 2010, n°1705.

[1538] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-20*06, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°2291 ; M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1707.

Conclusion du premier chapitre

447. Les mécanismes de fin de contrat liés à l'article 1844-7 du Code civil démontrent une fois de plus l'originalité de la société en participation. Si l'essentiel des causes de dissolution prévues dans cet article doivent être aménagées pour être applicables au contrat de société en participation, l'une d'entre elles n'a pas vocation à s'appliquer : la procédure collective dirigée à l'encontre d'une personne morale. Cet aspect démontre le caractère contractuel et non institutionnel de la société en participation.

Dans le même état d'esprit, en l'absence de personnalité morale, il ne peut être question de liquidation, mais simplement d'une reddition des comptes. Seul le droit fiscal fait abstraction de la réalité juridique de la société, pour des raisons d'opportunité et de pragmatisme fiscal.

Deuxième chapitre : Les anéantissements liés au contrat

448. La société en participation, comme nous l'avons déjà constaté, est un contrat avant d'être une société. Mais la convention initiale peut aussi laisser place à un nouveau contrat dans le cadre d'une sorte de novation. *« La novation est l'extinction d'une obligation par création d'une « nouvelle » obligation qui la remplace… »* [1539]. En effet, sa modification est telle qu' « *elle se caractérise par un changement d'obligation : la première s'éteint pour être remplacée par une nouvelle obligation. Par là, la novation se distingue d'une simple modification de l'obligation initiale* » [1540]. Si les obligations esssentielles changent, tout le contrat change, et on peut alors estimer qu'il s'agit d'une novation du contrat. Il va de soi que la transformation d'une société en participation en une société dotée de la personnalité morale, fait disparaître le contrat initial au profit d'un autre, les engagements des associés différant.

Le contrat de société en participation est conclu intuitu personae. Si l'un des participants se retire de l'aventure en commun, l'économie du contrat est substantiellement modifiée. Pour le droit fiscal, l'opération s'analyse en une cession de droits sociaux.

Dans ces deux cas, transformation de société ou cession de droits sociaux, il n'y a pas anéantissement intégral du contrat, mais une telle novation qu'elle crée un nouveau contrat. C'est cet aspect que nous envisagerons dans une première section.

449. Comme tout contrat, la société en participation peut disparaître par la volonté des contractants. Sa disparition peut être définitive dans le cadre notamment de l'action en résolution. Nous étudierons dans la deuxième section les possibilités nées des contrats synallagmatiques ou unilatéraux à titre onéreux, notamment la résolution / résiliation.

[1539] A. Bénabent, *Les obligations*, Droit privé, 13ème édition, 2012, Montchrestien, Domat, Droit privé, n°829, p.601.

[1540] Ibidem.

Section 1 : La « transformation » et la cession des « droits sociaux »

450. Il est assez étonnant d'envisager une cession de droits sociaux pour une société sans patrimoine social, donc sans capital, donc sans droits sociaux. Cette particularité, qui s'explique sur le plan fiscal en raison du patrimoine fiscal, est étudiée dans cette section. Dans un premier paragraphe, nous envisagerons l'étude de la cession sur le plan du droit civil, en complète dichotomie avec l'esprit du droit fiscal. En effet, il ne s'agit pas d'une cession de droits sociaux mais d'une cession de part de contrat de participation, entraînant une cession de créances avec éventuellement des dettes liées à la part aliénée.

451. La « transformation » d'une société en participation a pour but de la doter de la personnalité morale. La typologie de la société dépend alors du choix effectué par les associés et non de l'objet social. Il est en effet impossible de parler de transformation lorsqu'il y a un simple changement de modalités statutaires. Car *« la transformation aboutit à une modification du pacte orginaire ; les associés avaient opté pour une forme donnée, c'est à eux et non aux dirigeants de prendre la décision de transformation. Ils sont donc conduits à se réunir en assemblée pour arrêter le principe et les conditions de la transformation »*[1541]. La logique juridique implique que la décision des associés soit prise à l'unanimité, non pas parce qu'ils aggravent leurs engagements, mais parce qu'ils décident de créer un être juridique nouveau. Mais il est envisageable que les statuts prévoient une autre majorité. Il va de soi que cette transformation entraînera forcément communication aux tiers, puisqu'elle nécessitera immatriculation au Registre du commerce et des sociétés.

C'est sur le plan fiscal que la transformation est particulièrement intéressante à étudier en raison du patrimoine fiscal de la société en participation. Ces originalités du droit fiscal font l'objet du deuxième paragraphe de cette section.

[1541] M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy F., *Droit des sociétés*, LITEC, 16ème édition 2003, n°501.

§I) La cession de part de participation

452. Comme la société en participation n'a pas la personnalité morale, elle n'est pas titulaire d'un patrimoine et par conséquent n'est pas détentrice d'un capital. De ce fait, il ne peut y avoir de droits sociaux. D'ailleurs, en droit comptable, quelle que soit l'importance de la participation, les droits détenus dans une telle société ne peuvent être qualifiés de titres de participation[1542]. Il convient alors d'envisager non la cession de parts sociales, mais la cession d'une part de contrat. La Cour de cassation, dans son arrêt du 15 mai 2012, semble aller en ce sens : *« la cession par les associés des droits qu'ils tiennent du contrat de société »*[1543].

Donc, quand un participant quitte l'opération en commun et transmet ses droits[1544] à un tiers au contrat de société en participation initial, il transfère une part de contrat, accompagnée de créances et/ou de dettes sur les autres participants. Le terme de « droits » nous semble en effet correspondre à une situation de compensation[1545], à savoir une créance nette de dette. En effet, il est envisageable qu'un participant soit à la fois en situation de créancier mais aussi de débiteur de la participation, ne serait-ce qu'en raison de la mise à disposition des biens nécessaires à l'opération.

Une des difficultés repose sur l'évaluation de cette part de contrat, notamment lorsque la cession n'est pas immédiatement juxtaposée dans le temps avec la reddition des comptes annuelle. La valeur de la part de contrat est en effet déterminée par des éléments non certains au moment de la cession. Il est alors envisageable de fixer le prix « *qu'à titre provisoire, un ajustement étant prévu en fonction d'un bilan ou de comptes à établir* »[1546]. Il faut en effet estimer entre autres la valeur comptable des immobilisations utiles au contrat de société en participation, tout en y intégrant les éventuelles plus ou moins-values. En ce sens, les normes

---

[1542] Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Comptable,* 2012 n°1812 ; en conséquence, ces droits n'ont pas à figurer sur le tableaux des filiales et participations, Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Comptable*, 2012 n°2009-1.

[1543] Cass Com 15 mai 2012 n°11-30.192 : « *la circonstance que la société en participation ne soit pas titulaire d'un patrimoine propre ne fait pas obstacle à la cession par les associés des droits qu'ils tiennent du contrat de société ».*

[1544] Ibidem.

[1545] Article 1291 du Code civil : « *la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ».*

Elle doit respecter le principe établi à l'article 1298 première phrase du Code civil : « *La compension n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers ».*

[1546] B. Gross et P. Bihr, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux,* Thémis, PUF, 2ème édition, 2002, n°198, p.130. Cette solution concerne les cessions de parts sociales, mais elle nous semble tout aussi adéquate pour la cession de part de contrat.

comptables IFRS[1547] d'évaluation des immobilisations facilent le travail de fixation du prix[1548]. Il est néanmoins souhaitable que le contrat de cession intègre des clauses protectrices du cessionnaires, telles les clauses à dire d'un tiers[1549] ou les clauses de garantie de passif[1550].

453. Les statuts de la société en participation peuvent prévoir une procédure de cession ad - hoc, en prévoyant par exemple l'unanimité des participants[1551], en raison du caractère éminemment contractuel de cette société et la règle énoncée par l'article 1871-1 du Code civil[1552]. Cette clause d'agrément a pour effet de protéger les autres participants et respecter l'intuitus personae, au même titre que la disposition déterminée à l'article L221-13 du Code de commerce pour les sociétés en nom collectif[1553]. Par application de l'article 1871-1[1554], il est tout à fait envisageable d'intégrer d'autres modalités dans les statuts, telles les clauses de préemption ou les clauses de retrait[1555], ou encore éventuellement d'autres règles de majorité

[1547] *International Financial Reporting Standard.*

[1548] En utilisant les mécanismes d'amortissement, de provision et de réévaluation des immobilisations corporelles ou incorporelles. P. Touron et H. Tondeur, *La comptabilité en IFRS,* Editions d'Organisation, 2004, p.54 : « *le test de dépréciation est obligatoire uniquement en cas d'indice de perte de valeur pour les immobilisations amortissables (durée de vie définitive) ».*

[1549] B. Gross et P. Bihr, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux,* Thémis, PUF, 2ème édition, 2002, n°218, p.142. Les deux professeurs estiment qu'en cas de désaccord entre le vendeur et l'acheteur, une clause à dire d'un tiers est souhaitable: « *il peut être prudent pour les parties de prévoir qu'à défaut d'approbation commune des comptes, un tiers sera chargé de les établir et de fixer le prix des parts ou des actions qui en découlent ».* Cette prudence vaut aussi pour la cession de parts de contrat. Le tiers détermine alors le prix.

[1550] Il est aussi envisageable d'intégrer dans le contrat de cession de part de contrat de société en participation, une clause de garantie de passif, au même titre que les ventes de droits sociaux : « *les cessions d'actions et de parts sociales s'accompagnent très souvent de clauses (incluses dans la convention de cession elle-même ou bien insérées en annexe) destinées à garantir les acquéreurs du maintien de la valeur de leur titre en cas de découverte, postérieure à la cession, d'un passif non révélé au moment de la cession. Le cédant s'oblige, soit à indemniser le cessionnaire de la moins-value subie par les titres, soit à payer directement les dettes sociales apparues… »,* G. Notté, « Les clauses dites de garantie du passif », JCP, 1985.I.3193.

[1551] Voir l'annexe 4-2 : il en est ainsi à l'article 15 des statuts d'une société en participation de vétérinaires, prévoyant l'unanimité des autres participants. Ce même article envisage aussi le retrait volontaire d'un des participants.

[1552] Article 1871-1 du Code civil : « *à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de besoin, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société à un caractère civil, soit, si elle a un caaractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif* ».

[1553] Article L221-13 du Code de commerce : « *les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite ».*

[1554] Article 1871-1 du Code civil : « *à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue….* »

[1555] L. Godon, « La société en particiopation dépourvue de personnalité juridique et la cession des droits d'associé », note sous Cass Com 15 mai 2012, Joly, 2012, p.842 : « *les statuts pourraient également comporter d'autres clauses spécifiques tendant à contrôler la circulation des droits sociaux, comme une clause de préemption, voire une clause de retrait permettant à un associé de quitter la société sans avoir à présenter d'acquéreur. Pour les sociétés ayant un objet civil, le rerait d'un associé pourrait même être admis par référence aux dispositions de l'article 1869 du Code civil ».*

Article 1869 du Code civil : « *sans préjudice du droit des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée*

qualifiée. Il nous semble néanmoins préférable de privilégier la règle de l'unanimité car toute autre organisation modifierait l'économie générale du contrat, et en sens, il vaut mieux appliquer la règle prévue à l'article L221-13 du Code de commerce.

454. Mais, à défaut de stipulation contractuelle spécifique, quel est le processus de cession de part de participation ? Les arrêts de la Cour de cassation en matière de cession de contrat sont rares et ne concernent pas à proprement parler la procédure de cession de droits sur une société en participation. En effet, l'arrêt du 15 mai 2012[1556] ne nous renseigne pas sur la procédure à mettre en œuvre dans le cas d'une telle cession.

455. Certains auteurs estiment « *qu'en matière de cession de contrat, la Cour de cassation considère que l'accord des parties cédées peut être tacite, résultant par exemple du fait que le cédé poursuive l'exécution du contrat et le règlement des factures*[1557] *ou accepte dans divers correspondances le cessionnaire en tant que nouveau contractant* »[1558]. Cette situation d'agrément tacite du cessionnaire implique nécessairement l'acceptation implicite unanime des autres participants. Dans le cas contraire, il est difficilement envisageable qu'ils laissent l'acheteur de part de contrat exécuter ce dernier.

456. Dans d'autres circonstances, la Cour de cassation l'analyse en cession de créances et rend donc applicable la formalité de l'article 1690 alinéa 1er du Code civil[1559] : une cession de portefeuille d'assurances « *s'analyse en une cession de contrats, c'est-à-dire une cession de créances, et non une cession de clientèle… Un tel acte était soumis aux formalités de l'article*

---

par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice… ».

[1556] Cass Com 15 mai 2012 n°11-30.192. En l'occurence, le cessionnaire sollicite l'annulation de la vente de cinquante pour cent de la société en participation et le remboursement du prix. La Cour ne statue pas sur la procédure utilisée pour la cession mais sur la nullité proprement dite : « *mais attendu que la circonstance que la société en participation ne soit pas titulaire d'un patrimoine propre ne fait pas obstacle à la cession par les associés des droits qu'ils tiennent du contrat de société* ».

[1557] Cass Com 7 janvier1992, Bull Civ IV, n°3 p.3, à propos de la location et la maintenance de matériel informatique : « *le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du contractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti* ». La Cour de cassation relève d'ailleurs que la société cédée « *avait manifesté de façon non équivoque sa volonté d'accepter la cession du contrat* ».

[1558] P. Storck, « Du contrat de société en participation », note sous Cass Com 23 octobre 2007, Les Petites Affiches, 2008, n°136, p.15, qui ajoute : « *le contentieux relatif à la cession de « parts » de société en participation pourrait être une nouvelle occasion de faire référence à l'acceptation tacite des parties alors que seule une décision expresse semblait possible en droit des sociétés* ».

[1559] Article 1690 alinéa 1 Code civil : « *le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur* ».

1690 du Code civil, qui exigent la signification du transport faite au débiteur »[1560]. Le professeur Laurent Aynès explique cette solution par l'application des règles de la compensation : « *le débiteur cédé qui* [dans cette affaire], *invoquant la compensation, se pose en tiers à l'égard de la créance cédée, et le cessionnaire de cette même créance ne peuvent être départagés que par le jeu de la publicité. Les formalités de l'article 1690 du Code civil retrouvent donc leur caractère substantiel ».*

A notre sens, il ne peut s'agir d'une simple cession de créances et donc la formalité de l'article 1690 alinéa un du Code civil ne peut suffire. Il s'agit dès lors d'appliquer le principe de l'article 1134 du Code civil et de la jurisprudence relative aux cessions de contrat conclu intuitu personae, intégrant créance et dette[1561]. Car, *« si , écartant l'idée de l'autonomie de la cession de contrat, on en reste à la conception classique, l'équivalent de la cession de contrat s'opére en vérité par l'agrégation d'un ensemble d'opérations : la cession des créances issues du contrat, associée à une cession de dettes »*[1562]. Il nous semble que, dans ce cas de figure, au même titre que la cession de dettes[1563], la cession de part de contrat d'une société en participation s'apparente à une novation, qui implique nécessairement le consentement des autres participants, et cela pour deux raisons cumulatives. La première est liée à l'application du principe de sécurité juridique[1564]. Il faut en effet protéger l'économie du contrat. Ainsi,

---

1560 L. Aynès, « Cession de contrat, cession de créance : rôle de la signification du débiteur cédé », note sous Cass Civ 1ère 5 février 2009, D. 2009.842.

1561 Cass Com 7 janvier 1992, Bull Civ IV, n°3 : *« le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du contractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a souscrit ».*

1562 F.-X. Testu, *Contrat d'affaires,* Dalloz, édition 2010-2011, n°102.14 qui ajoute : *« Malaurie et Aynès [*P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit civil – les obligations,* Defrénois, 2011, 5ème édition n°779 et suivants] *se sont faits les promoteurs d'une conception unitaire de la cession de contrat, qui aurait pour objet le contrat lui-même, et non les obligations qu'il engendre. Cela signifie en pratique que l'opération pourrait être opérée par le seul consentement du cédant et du cessionnaire de ce rapport contractuel, se dispensant ainsi (sauf clause particulère) du consentement du cocontractant, c'est-à-dire de celui qui est nécessairement, dans un contrat synallagmatique, en position de créancier. Dans cette conception des choses, il y aurait donc, au coeur de l'opération, une cession parfaite de dette sans le consentement du créancier, ce qui n'est pas la solution habituelle du droit français au sujet des cessions de dette… On ne peut pas dire que la jurisprudence correspond à cette façon de voir. Une affirmation classique et toujours actuelle est que «* la transmission à un tiers des obligations actives et passives, corrélatives, résultant pour l'une des parties d'un contrat synallagmatique, tendant à une substitution du débiteur, n'est opposable à l'autre partie que si elle a été acceptée par cette dernière » [Cass Civ 12 mars 1946, D 1946.268] … *La Cour de cassation a énoncé récemment qu' «* une cession de portefeuille d'assurances s'analyse en une cession de contrats, c'est-à-dire une cession de créances », *requérant ainsi l'application de l'article 1690 du Code civil* [Cass Civ 1ère 5 février 2009, Bull Civ I, n°23]. *Il est difficile d'être plus clair sur l'absence d'autonomie de la cession de contrat* ».

1563 En ce qui concerne la cession des dettes, il faut, de toute façon, le consentement du créancier : *« la cession de dette ne peut avoir d'effet à l'égard du créancier qui n'y a pas consenti »,* Cass Civ 1ère 30 avril 2009 n° 08-11093.

1564 Ce principe a d'ailleurs valeur constitutionnlle : Conseil constitutionnel, décision n°98-401 DC relative à la première loi Aubry sur les trente-cinq heures : *« le législateur ne saurait porter atteinte à l'économie des*

chaque participant peut être amené à voir sa responsabilité financière aggravée en cours d'exécution du contrat, surtout si l'un d'entre eux cède sa part. La seconde porte sur la nature même du contrat : le contrat de société est par essence un contrat collectif. La jurisprudence explicitant la procédure de cession de contrat vise souvent des cas de contrats bilatéraux, ayant bien sûr des effets sur des tiers. Tel est le cas du contrat de location et maintenance du matériel informatique, voire même du portefeuille d'assurances. Or une société en participation peut être certes un contrat bilatéral, mais est bien souvent configurée en forme de pool avec plus de deux participants.

Dès lors, *« s'il s'agit de modifier le contrat, l'accord de tous s'impose, l'article 1134 du Code civil s'opposant à toute décision prise par une majorité »*[1565], en raison du risque pesant sur les autres participants liés à la personne même du cessionnaire. Car la cession d'une part du contrat transfère de plein droit au cessionnaire les droits, actions et obligations appartenant au cédant et attachés à cette part.

En droit fiscal, en raison de l'élaboration d'un bilan fiscal, l'analyse juridique de cette cession diffère complètement avec l'analyse civiliste, en instituant une cession de droits sociaux.

§ II) La cession fiscale de « droits sociaux » et la transformation fiscale.

457. Sur le plan fiscal, il nous faut examiner le principe d'utilité fiscale à l'origine de cette spécificité juridique puis son application, tant pour les cessions de droits sociaux que pour la transformation de la société.

1° Le principe d'utilité du droit fiscal

458. Selon l'article 221 alinéa 5a du CGI, « *le changement de l'objet social ou de l'activité réelle de l'entreprise emporte cessation d'entreprise* ». Pour l'administration fiscale, « *une société perd son identité fiscale lorsqu'elle change complètement d'activité* »[1566] ... Le

---

conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789 ».

[1565] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques,* Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767.

[1566] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2001-2002*, 25ème édition, Litec Fiscal, septembre 2001, n°2420 ; M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 20051-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005,

changement d'activité, entraînant cessation d'entreprise produit des *« conséquences fiscales : l'imposition immédiate des bénéfices en cours ou en sursis d'imposition, des provisions et des plus-values latentes et l'interdiction de transférer les déficits antérieurs sur les résultats à venir de l'activité nouvelle »*[1567].

La transformation est quant à elle relativement neutre. Certaines d'entre elles emportent automatiquement changement de régime fiscal : il en est ainsi d'une société en participation transparente constituée de personnes physiques, soumises aux BIC, devenant une société anonyme.

Envisageons dès lors l'application fiscale de ce principe

2° L'application fiscale

459. La novation du contrat originel peut porter sur la transformation de la société, mais aussi, en raison de son caractère éminemment intuitu personae, sur la cession des droits sociaux, donc des parts sociales. *« Le défaut de personnalité morale d'une société créée de fait, s'il fait obstacle à ce que cette société soit titulaire de droits réels ou personnels, ne rend pas impossible la cession des parts d'une telle société et de la propriété indivise des biens acquis par les deniers sociaux »*[1568].

a) La cession des parts d'une société en participation

460. Il est surprenant de taxer la cession de parts d'une société qui ne disposant pas de capital social, ne peut émettre des parts. Le droit fiscal a rapproché la société en participation des sociétés dotées de la personnalité juridique. Il lui faut, pour des raisons de pragmatisme fiscal, imposer un transfert de droit dans l'indivision née de la participation.

En effet, depuis l'instruction de la Direction générale des impôts du 29 septembre 1982[1569], les sociétés en participation semblent être assimilées aux sociétés dotées de personnalité

n°2130 ; M. Cozian, F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises 2010/2011*, 34ème édition, Litec, septembre 2010, n°1615.

[1567] M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises 2005-2006*, 29ème édition, Litec Fiscal, septembre 2005, n°2135.

[1568] Cass Com 12 décembre 2006 n° de pourvoi 04-19083 à propos d'une société créée de fait ayant pour objet l'exploitation d'une pharmacie et dont les parts sociales ont fait l'objet d'une cession.

[1569] Instruction de la DGI du 29 septembre 1982 BO 7 H-5-82, Defrénois, 1982, article 32958.

morale[1570]. En outre, « *la cession n'a aucune incidence fiscale sur les résultats de la société en participation* »[1571].

Ainsi, en vertu de l'article 726 du CGI, de la jurisprudence[1572] et de la doctrine administrative[1573], les cessions de parts sociales sont assujetties au droit d'enregistrement proportionnel de 3 %, que la société ait ou non la personnalité morale. Il s'agit d'un droit de mutation exigible même en l'absence d'acte extériorisant la cession. Ainsi, *« comme pour les sociétés dotées de la personnalité morale, il est admis sous certaines conditions que les associés de sociétés de fait et des sociétés en participation peuvent céder leurs « parts » moyennant le paiment du droit de 3 % (sauf aplication de l'article 727 du CGI en cas de cession dans les trois ans de l'apport) »*[1574]. En effet, en cas de cession de parts sociales représentatives d'un apport en nature réalisé depuis moins de trois ans, dans le cadre d'une société non passible à l'IS, la cession est considérée fiscalement, par une présomption irréfragable, comme portant sur cet apport en nature.

461. *« La méconnaissance de la personnalité des sociétés en participation aurait du conduire à considérer que la cession porte directement sur les biens sociaux donnant ainsi ouverture, non aux droits de mutation des actions ou parts sociales, mais aux droits de vente d'après la nature mobilière ou immobilière de ces biens ».*[1575]. Cette solution doctrinale a pour mérite de confirmer fiscalement l'absence réelle de transfert de capital ; elle revient à reconnaître au nouvel associé le droit de jouissance sur les biens utilisés par la société en participation. « *Cependant l'application du régime des droits sociaux aux cessions de parts sociales des sociétés de fait n'est pas totale puisque les cessions de parts représentatives d'actifs immobiliers ne bénéficient pas du droit de 4,80 %*[1576]. *Il semble donc difficile de tirer d'une*

[1570] B. Jadaud, « Sociétés créés de fait et sociétés en participation », Defrénois, 1983, p.417.

[1571] D. Gaveau , « La société en participation », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, Editions techniques, 1994, n° 16, p.14.

[1572] Cass Com 22 mars 1988, Revue des Sociétés, 1988, p.595 ; A.Chappert, Defrénois, 1988, p.1074 : certaines conditions de forme doivent être remplies : « *indiquer le détail et l'évaluation des biens et droits inclus au moment de la cession dans l'actif de la société, ainsi que le mode et la date d'entrée de ces biens et droits dans l'actif de la société ; indiquer aussi le nombre de parts cédées, ou, à défaut, le pourcentage des droits qui font l'objet de la cession par rapport à l'ensemble des droits détenus par les associés ; joindre la copie du dernier bilan ou du dernier inventaire des éléments d'actif de la société produit à l'administration fiscale, complétée par un état des entrées et des sorties des éléments de l'actif immobilisé intervenues depuis l'établissement du dernier bilan ou inventaire* ».

[1573] Instruction de la DGI du 29 septembre 1982, BO 7 H-5-82.

[1574] Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2013, n°67205.

[1575] P.Serlooten , *Droit fiscal des affaires*, traité de droit commercial, G. Ripert et R. Roblot, tome 3, 4ème édition, LGDJ, 1995, n°36.

[1576] 4,80 % avant le 1er janvier 2006.

telle solution « bâtarde » la conséquence de la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés de fait »[1577], c'est à dire des sociétés en participation et sociétés créées de fait.

« En réalité, le fondement de l'application partielle du régime de l'article 726 du CGI doit être recherché, non dans une prétendue personnalisation fiscale de la société de fait, mais plutôt dans la politique fiscale visant à favoriser la transmission des entreprises par un abaissement du coût fiscal de cette transmission. Ainsi, malgré les apparences, le droit fiscal ne connaît pas le principe de la personnalité morale des sociétés en participation et il n'y a pas sur ce point de contradiction véritable avec le droit des affaires »[1578].

Cette solution continue à s'appliquer aux sociétés en participation. Au préjudice financier pour l'administration fiscale, on peut alors opposer pragmatisme de la solution. Il est en effet plus simple, et c'est une évidence, d'utiliser ce droit de 3 % que d'évaluer les biens touchés indirectement par la cession d'une part sociale. Néanmoins, *« les immeubles et droits immobiliers demeurent en dehors de ces règles. Par suite, la fraction des droits sociaux qui est représentative de ces biens est soumise, lors de la cession, aux droits de vente d'immeubles »*[1579]. Quant aux modalités d'évaluation de la cession de parts, elles peuvent être prévues dans les statuts ; à défaut, le droit commun s'applique[1580].

b) La « transformation » de la société en participation

462. En vertu de l'article 1844-3 du Code civil, « *la transformation régulière d'une société en une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre forme de modification* ». La personnalité morale n'est donc pas affectée ; seule est modifiée la structure établissant cette personnalité juridique. C'est pourquoi, certains auteurs estiment qu'il ne peut y avoir véritable transformation qu'entre sociétés dotées de la personnalité juridique et non pas lorsqu'il y a création ou disparition de cette dernière[1581]. Néanmoins, par simplification, le vocable de

---

[1577] P. Serlooten , idem.
[1578] Ibidem.
[1579] Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Fiscal*, 2013, n°67205.
[1580] Y. Guyon note sous Cass Civ 1ère 2 juin 1987, Revue des Sociétés, 1987, p.437. Il va de soi qu'une procédure d'agrément est éminemment souhaitable.
[1581] F.-X.Lucas et J.-C. Parot, « La transformation des sociétés. Aspects juridiques et fiscaux », Actes prat. ing. Sociétaire, n°71, septembre-octobre 2003, p.6.
I. Riassetto, « Typologie des transformations », Joly, 2010, n°80 : *« l'une des caractéristiques essentielles de la transformation est précisément de ne pas affecter la personnalité morale…Une «* véritable *» transformation n'est donc juridiquement possible qu'entre sociétés dotées de la personnalité morale. En conséquence, la société en participation, qui n'en jouit pas, ne peut être transformée. Dans le cas de son immatriculation, une nouvelle*

« transformation » peut être utilisé, dans le sens de l'évolution du contrat[1582], d'autant plus que la fiscalité de la transformation de cette société – contrat tend à « l'aligner » sur les personnes morales.

463. En effet, la condition essentielle porte sur la régularité de la transformation. Or, logiquement, la transformation d'une société en participation, non dotée de la personnalité morale, en société à responabilité limitée, société anonyme, société en nom collectif…, crée une personne morale nouvelle. Car cette dernière, de par son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, est pourvue, elle, de la personnalité morale. Cette transformation entraîne fiscalement la liquidation de la société en participation suivie de la création d'une société dotée de la personnalité morale. « *Cependant les concernant, le droit fiscal fait preuve de souplesse en admettant le sursis de l'imposition des provisions et des plus-values dès lors qu'aucune modification n'est apportée aux écritures comptables* »[1583]. Ce régime très favorable aux transformations de la société en participation laisse apercevoir la nécessité pour ces dernières de se doter de la personnalité morale lorsque l'opération, objet de la société, perdure.

L'application de cette non-imposition suppose l'absence de changement d'objet social, d'activité, d'associés et de lieu d'exploitation. Il faut néanmoins calculer le bénéfice imposable précédant l'opération, sans inclure pour autant les bénéfices en sursis d'imposition et les plus-values taxables[1584].

---

société vient à existence, la société en participation devant être dissoute et liquidée. Si la transformation n'entraîne pas la création d'une personnalité morale nouvelle, elle n'implique pas non plus la perte de cette personnalité. C'est ce qui explique que la mutation d'une société dotée de la personnalité morale en société en participation ne constitue pas une véritable transformation. Le raisonnement vaut également pour une société créée de fait même si, en pratique, par abus de langage, il est fait référence à la tranformation à ce sujet ».

[1582] P. Le Cannu, « La transformation et les tiers », Joly, 2010, n°83 : *« Il existe des «* transformations *» qui amènent une personne morale à abandonner volontairment le statut de personne. Tel est par exemple le cas d'une « transformation » d'une société dotée de la personnalité morale en société en participation ; dans ce cas, on peut discuter de l'application de concept de transformation, précisément si l'on inclut dans ce concept la permanence de la personnalité morale. .. Dans l'autre sens, c'est-à-dire d'une société en participation ou d'une société créée de fait vers une société dotée de la personnalité morale , le régime fiscal montre ce qu'une vision trop absolue des choses peut avoir d'inexact…Dans la conception traditionnelle du droit français, la transformation d'une société est considérée comme une modification des statuts, c'est-à-dire comme une évolution du contrat. Le contrat reste le même dans ses éléments caractéristiques, mais il change partiellement de réglementation. Il s'ensuite que la personne morale qu'a créée ce contrat demeure tant que la réglementation l'admet ».*

[1583] P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Droit Privé, Précis Dalloz, mai 2011, n°667, p.447.

[1584] Instruction du 18 juillet 1983, BOI 7H – 4 – 83, JCP, N., 1983, prat. 8757 ; voir aussi Mémento Pratique Francis Lefebvre *Fiscal*, 2013, n°37850.

Enfin, il est évident qu'en l'absence de déclaration fiscale du temps de la société en participation ou créée de fait, le régime de la transformation n'a pas vocation à s'appliquer[1585].

464. En cas de transformation en société non soumise à l'IS, depuis le 1er janvier 2000, les apports purs et simples de tous biens sont exonérés, sans condition de droit d'enregistrement[1586].

En cas de transformation en société soumise à l'IS, les apports d'immeubles en jouissance d'une durée indéterminée entraînent l'imposition aux droits d'apport et à la taxe de publicité foncière. Si les associés prennent l'engagement de conserver les titres pendant trois ans, les biens échappent aux droits de mutation. « *Le droit de mutation proportionnel prévu à l'article 809 II du CGI doit être acquitté sur la valeur vénale du fonds de commerce. Ce droit ne s'applique pas aux biens apportés en jouissance* »[1587]. En quelque sorte la théorie de la mutation conditionnelle est ainsi réutilisée. Ainsi, si l'associé, à la dissolution de la société, reprend le bien apporté, il est censé ne l'avoir jamais perdu.

Néanmoins, pour les éventuelles plus-values réalisées sur les éléments incorporels non amortissables, ne bénéficiant pas du sursis optionnel d'imposition, ces préceptes de doctrine administrative se révèlent moins évidents à mettre en œuvre pratiquement en raison de conditions d'application difficiles, notamment le fait que le changement de structure juridique ne doit s'accompagner d'aucune modification des valeurs comptables. *« La métamorphose d'une société de fait ou d'une société en participation en société de droit se heurte à des obstacles fiscaux qui ne sont aplanis qu'en apparence par la doctrine administrative, laquelle pose des conditions difficilement remplies pour vérifier la neutralité de l'opération en matière de plus-values lorsqu'elles ne se trouvent pas exonérées de plein droit… Les contraintes fiscales du passage en société de droit peuvent rendre cette opération aussi coûteuse*

[1585] J.-J. Daigre note sous Cass Com 30 janvier 2001, Joly, 2001, p.521 : « *dans la mesure où la constitution de la société n'a jamais été déclarée fiscalement, ce qui la rendait officiellement et définitivement inconnue du fisc (CGI article 638 A)* ». Il s'agit en l'espèce d'une société créée de fait née de l'exploitation d'une pharmacie. Cette société n'a jamais été déclarée. Puis a été constituée une SNC. La Cour considère que « *l'apport des droits indivis (la pharmacie) doit être regardé comme étant intervenu à la date de la constitution de la SNC qui a eu lieu ultérieurement* ». Cette décision concerne les droits d'apports. Mais elle doit être, à notre avis, étendue au régime de la transformation.

[1586] Loi de finances de décembre 1999.

[1587] G.Baffoy , « La transformation d'une société en participation en société de droit est-elle possible ? », JCP, Ed. E., 1998, 359.

qu'acrobatique[1588]. ». Ainsi, incidémment, l'administration fiscale met en exergue le contrat de société en participation, en remettant en cause son caractère de société.

Section 2 : Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution, responsabilité contractuelle et mise en œuvre de l'article 1184 du Code civil[1589]

465. Cette mise en œuvre nécessite de réfléchir au préalable à la caractéristique du contrat de société en participation. Comme le démontre le professeur Jean-Patrice Storck, « *il s'agit d'un contrat collectif dont l'objet est la réalisation d'un objet futur ; le contrat s'apparente à un contrat-cadre ou un contrat-matrice, selon l'expression du professeur Ferrier, qui appelle et implique l'accomplissement d'actes postérieurs à sa conclusion pour être mis en œuvre* ». Mais, dans le cadre de ce contrat-cadre, il convient de déterminer les relations entre participants et donc son caractère unilatéral ou synallagmatique.

A priori , l'application de l'article 1184 du Code civil induit la présence d'un contrat synallagmatique. Un contrat synallagmatique implique la réciprocité des obligations mais aussi qu'elles soient interdépendantes[1590] généralement antagonistes. Dans le cadre d'un contrat de société en participation, il va de soi que les obligations des participants sont interdépendantes : chacun doit effectuer ses « apports » tels qu'ils ont été définis dans le contrat. L'absence de mise à disposition des éléments nécessaires à l'opération en commun démontre l'absence d'affectio societatis et donc l'absence de société. Sont-elles pour autant réciproques ? Certes « l'apport » de l'un induit « l'apport » de l'autre. Mais les différents participants ne sont pas à la fois créanciers et débiteurs les uns des autres. Ils ne se doivent rien les uns aux autres mais à l'opération en commun organisée dans le cadre de la société en

[1588] J.-P. Garçon, « Le concept trompeur de transformation d'une société de fait en société de droit », Joly, 2010, n°22.

[1589] Article 1184 du Code civil : *« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne safisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au débiteur un délai selon les circonstances ».*

[1590] Article 1102 du Code civil : *« le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».*
Voir aussi H., L. et J. Mazaud, *Leçons de droit civil*, tome 2, éditions Montchrestien, 1962, n°97.

participation. Enfin, les parties à l'acte de société en participation n'ont pas a priori d'intérêts antagonistes. En effet, la cause du contrat pour chacun des participants est l'obtention de sa part de bénéfices.

466. Dans ces conditions, se pose légitiment la question de la réalité du caractère synallagmatique d'un contrat de société en participation[1591]. Généralement, le contrat de société est présenté comme un acte unilatéral collectif[1592]. Ce contrat est évidemment collectif car il crée une structure qui, grâce à la personnalité morale des sociétés immatriculées, devient par la suite indépendante des fondateurs. Certes les sociétés en participation n'ont pas cette perspective en raison de l'absence de personnalité juridique. Mais la participation crée bien ipso facto un embryon de structure.

En outre, certains contrats unilatéraux, en raison de la connexité des obligations prennent une dimension proche des contrats synallagmatiques. Tel est, par essence, le cas du contrat de gage[1593]. La jurisprudence a d'ailleurs étendu cette situation aux autres contrats unilatéraux à titre économique[1594].

Le caractère synallagmatique ou unilatéral à interdépendance des obligations peut entraîner trois conséquences : l'exception d'inexécution, la résolution et la théorie des risques[1595]. L'option « résolution contractuelle » ne pouvant être présente dans le contrat de société en participation, sinon l'affectio societatis ne serait pas démontré, ne sera pas envisagée dans cette section. Quant à la théorie des risques, elle ne peut être mise en œuvre car la société en

---

[1591] Il va de soi que la réponse serait identique dans le cadre d'un contrat synallagmatique imparfait puisque ce dernier est unilatéral à l'origine mais peut faire naître une obligation à la charge du créancier. Le créancier devient donc débiteur de son propre débiteur. Cette situation n'est pas celle du contrat de société en participation.

[1592] P. Didier, « Le consentement sans l'échange : le contrat de société », in *L'échange des consentements* , RJ Com n° spéc., novembre 1995, p.74 ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in « *L'avenir du droit* », Mélanges E. Terré, 1999, p.635.

M.-A. Frison-Roche, « Concurrence et contrat », in Colloques et activités de formation, Cour de cassation, 2004 : « *Le «* contrat-organisation *» est une notion extrêmement utile, dégagée par P. Didier. Le contrat-organisation a été un temps insupportable au droit de la concurrence en tant que, par définition, il structure sur le long terme une organisation économique, principalement cette des réseaux d'intégration verticale. Mais le temps est loin où ces réseaux, c'est-à-dire les intégrations économiques structurées par le seul instrument du contrat, étaient anéantis par la prohibition de l'entente. Comme on le sait, la structuration des réseaux est admise désormais par le droit de la conurrence, non seulement par le biais de la jurisprudence mais encore par les lignes de la politique de la concurrence de la Commission européenne, qui s'est traduite par les règlements généraux d'exemption des accords d'intégration verticale* ».

[1593] Article 2344 du Code civil : *« lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage »*. L'alinéa 1 correspond à la notion de restitution.

[1594] CA Paris 29 juin 1893, DP1894.2.437 ; T Civ Seine 17 octobre 1928, DP 1929.2.141.

[1595] Res perit domino est une spécificité des contrats translatifs de propriété. Res perit debitori signifie que les risques pèsent sur le débiteur de l'obligation ; ainsi, lorsque l'obligation ne peut êre exécutée en raison d'un cas de force majeure, la résolution doit être mise en œuvre.

participation n'ayant pas d'existence juridique propre, n'a pas de patrimoine propre[1596]. En outre, la translation de propriété doit avoir lieu entre les cocontractants eux-mêmes. La seule possibilité d'acceptation de cette théorie serait *res perit debitori*. *« En principe, les risques sont pour le débiteur empêché d'exécuter par un événement de force majeure ; res perit debitori ; le cocontratant du débiteur ainsi empêché est libéré. Cette attribution des risques est fondée sur la volonté présumée des parties. L'obligation du cocontractant du débiteur empêché par la force majeure, s'éteint de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir le tribunal »*[1597]. Comme l'exception d'inexécution, la théorie des risques est fondée sur la volonté présumée des parties[1598].

Nous allons de ce fait approfondir cette question en commençant l'exception d'inexécution puis en étudiant la résolution / résiliation judiciaire et enfin la responsabilité du participant n'exécutant pas ses obligations.

§I) L'exception d'inexécution

467. Nous nous situons dans la phase du début de conflit entre les participants. L'exception *non adimpleti contractus* ne met pas fin au contrat, mais elle suspend l'exécution des obligations contractuelles. L'absence d'exécution de son obligation par l'un entraîne le refus de l'autre d'exécuter la sienne. Elle apparaît donc comme un moyen de défense temporaire. Ses issues dépendent de la volonté des contractants : l'exécution par le débiteur de son obligation, l'exécution forcée ou la résolution[1599] du contrat.

Peut-on appliquer l'exception d'inexécution au contrat de société en participation ? Certes, la jurisprudence n'est pas amenée à se prononcer sur cette situation puisqu'elle n'est que transitoire. Mais, en pratique, si « l'apporteur » d'un bien ou de numéraire nécessaire à l'aventure en commun ne s'exécute pas, il va de soi que « l'apporteur » en industrie ne peut, volontairement ou non, s'exécuter. On est donc dans une situation de paralysie de la vie sociale. Cette paralysie démontre par essence même la carence d'affectio societatis. L'aventure en commun n'est plus.

[1596] Néanmoins, la mise à disposition des biens nécessaires à la participation entraîne la nécessité de conclure divers contrats d'assurance, par participant, au titre de son droit de propriété, et par le chef de file, au titre de la mise à disposition.

[1597] H., L. et J. Mazaud, *Leçons de droit civil,* tome 2, éditions Montchrestien, 1962, p.926.

[1598] H., L. et J. Mazaud, *Leçons de droit civil,* tome 2, éditions Montchrestien, 1962, n°927.

[1599] Ou résiliation s'il est à exécution successive.

Dès lors, il ne reste plus aux participants qu'à mettre en œuvre la résolution judiciaire.

§II) La résolution judiciaire

468. Dès 1893[1600], *« la jurisprudence n'a pas hésité à appliquer* aux contrats unilatéraux à titre onéreux, *l'article 1184 »*[1601]. En cas d'inexécution par l'un des cocontractants de ses obligations, le cocontractant peut en cas de dommage personnel demander en justice soit l'exécution forcée, soit la résolution judiciaire du contrat avec des dommages-intérêts. Peut-être est-il souhaitable d'utiliser le vocable « résiliation » car le contrat de société en participation présente un caractère d'exécution successive.
L'exécution forcée en nature ne peut être retenue en cas de contrat de société en participation, car le refus d'exécuter un engagement démontre l'absence d'affectio societatis. Seule peut être envisagée l'exécution par le biais de dommages-intérêts équivalents. La question de la détermination de leur montant apparaît particulièrement épineuse dans la mesure où le dommage est plutôt, au mieux futur, au pire éventuel. Car en l'absence de l'exécution de l'obligation « d'apports », le bénéfice escompté par les coparticipants peut ne pas se réaliser.
Quant à la résolution, elle amène à l'anéantissement du contrat. Le contractant qui a déjà exécuté ses engagements, bénéficie soit de la rétrocession physique de ses « apports », soit d'une indemnisation. Cette « restitution » n'est pas juridique puisqu'il n'y a eu en réalité que mise à disposition des biens nécessaires à la participation. Néanmoins, les conditions de la résolution du contrat de société en participation sont au nombre de trois. La première est l'inexécution de l'obligation par l'un des participants. Il doit s'agir d'une obligation essentielle, telle par exemple le défaut « d'apports ». Si l'exécution n'est que partielle, le juge étudie l'économie générale du contrat de société en participation et l'incidence de l'obligation partielle. En outre, l'inexécution doit être en principe imputable à l'un des participants, même si les juges prononcent aussi la résolution / résiliation judiciaire en cas de force majeure. Enfin, elle doit être demandée par l'un des participants et c'est au juge de déclarer le contrat résolu s'il l'estime nécessaire. Dès 1990, les juges du fond ont prononcé la résolution judiciaire de contrat de société en participation pour manquement à des obligations essentielles. Tel est le cas en 1993 pour non respect du mandat par le chef de file de

[1600] CA Paris 29 juin 1893, DP1894 .2 .437.
[1601] F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – les obligations*, 9ème édition, Précis Dalloz, 2005, n°648.

l'accord[1602]. Par la suite, cette jurisprudence de 1993 a été confirmée par la Cour de cassation dans deux affaires[1603] amenant la réflexion sur le terrain du droit des contrats. Par principe, une structure dotée de la personnalité morale ne peut être résolue mais doit être dissoute, entraînant par là même le partage du boni de liquidation. Si une société en participation peut être résolue, c'est justement parce qu'elle n'a pas de personnalité morale, donc de patrimoine propre. Elle est avant tout un contrat et doit être respectée par les cocontractants comme tout contrat, ni plus ni moins.

§ III La responsabilité du participant n'exécutant pas ses obligations contractuelles

469. On peut envisager que le contractant qui n'exécute pas son obligation engage sa responsabilité contractuelle à l'égard des autres participants. Le dommage pour ces derniers repose sur l'anéantissement de l'aventure en commun. Il est donc essentiellement matériel. Mais, à nouveau, la détermination du montant des dommages-intérêts apparaît comme particulièrement problématique. Tout dépend de la période de la vie de ce contrat dans laquelle se situe l'inexécution de l'obligation. Plus elle est en aval de l'élaboration du contrat, plus elle est, à notre avis, facilitée. Le fait générateur émane de l'obligation de résultat non respectée. Il ne peut s'agir que d'une obligation de résultat puisque ce type d'obligations ne présente pas, a priori, de caractère aléatoire et que les cocontractants ont un rôle passif par rapport à leur exécution[1604]. Les présomptions de faute et, éventuellement, de lien de causalité nées de l'obligation de résultat[1605] ne peuvent être écartées que par la preuve de la force majeure (ou du cas fortuit)[1606], les faits d'un tiers ou de la victime devant être constitutifs eux aussi d'un cas de force majeure[1607].

[1602] CA Paris 7 décembre 1993, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, mai-juin 1994, n°43, p.11 ; les commentateurs, Francis Credot et Yves Gérard, ont d'ailleurs désapprouvé cette solution considérant que société ne peut être résolue mais doit être dissoute.

[1603] J.-P. Storck, note sous Cass Com 27 novembre 2001, JCP, Ed. E., 2001, 1677 à propos d'un pool bancaire dans lequel le gérant avait dépassé les pouvoirs conférés par le mandat.

Voir aussi J. Vallansan, note sous Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, n°59, p.277 dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises.

[1604] A. Bénabent, *Les obligations,* Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, n°411, p.297.

[1605] A. Bénabent, idem ; Cass Civ 1ère 20 juin 1995, Bull Civ I, 1995, n ° 263 et en sens contraire Cass Civ 1ère 14 décembre 2004, Bull Civ I, 2004, n°322 qui exige la preuve du lien entre des travaux effectués et le dommage.

[1606] Laquelle depuis Ass Plén 14 avril 2006 n° de pourvoi 02-11168 présente « *un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irresistible dans son exécution* ».

[1607] Cass Civ 1ère 30 mai 2006 n°de pourvoi 03-16335.

Conclusion du deuxième chapitre

470. Par pragmatisme, le droit fiscal a pris le parti de fiscaliser les novations du contrat de société en participation comme s'il s'agissait d'une société dotée de la personnalité morale. Ce pragmatisme finit par devenir un principe. Mais il n'apparaît pas satisfaisant pour l'analyse de se contenter du vocabulaire fiscal. N'ayant pas de personnalité morale, la cession de part du contrat ne peut qu'être solutionner qu'au regard de l'article 1134 du Code civil.

En outre, les difficultés intra-sociales peuvent déboucher sur la résolution du contrat, en passant éventuellement par la phase préalable de l'exception d'inexécution, mais aussi sur la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du coparticipant n'ayant pas exécuté ses obligations. Car *« l'exécution du contrat suppose le respect de chaque associé de ses obligations »*[1608]. Se pose alors la question de l'affectio contractus. Cette nouvelle approche du contrat et de la psychologie des participants n'est plus fondée sur des *« intérêts antagonistes, mais plutôt fondée sur la collaboration, sur une affectio contractus, qui permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égalitaires, empreints de plus de fraternité et de justice »* [1609]. Lorsque des participants demandent au juge de prononcer la résolution de la société en participation, les intérêts redeviennent antagonistes et l'affectio contractus n'existe plus.

[1608] Jean-Patrice Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767

[1609] C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ, 1997, p.357 ; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier*, 1985, p.41.

Conclusion du deuxième titre

471. La disparition de l'aventure en commun, telle qu'elle a été dessinée lors de la conclusion des statuts, démontre la nature ambivalente de la société en participation. Si la transformation ou encore la cession des droits sociaux tendent à assimiler cette organisation à une société dotée de la personnalité morale, sociétés – institutions, il n'en est pas de même de sa disparition « physique » qui ne peut même pas avoir lieu dans le cadre de procédures collectives.

Il semble totalement inadéquat d'utiliser le vocable « dissolution », voire même « transformation » ou celui de « cession de droits sociaux ». Il est en effet paradoxal de dissoudre une organisation n'ayant pas d'existence propre. De ce fait, les participants n'ont qu'une reddition des comptes et récupèrent leurs biens mis à disposition, sous réserve des dispositions fiscales.

472. Mais c'est la mise en œuvre, dans le cadre de litiges relatifs aux pools bancaires, de l'article 1184 du Code civil qui détermine son caractère de société – contrat. *« La notion de contrat, de pacte, est une notion fondamentale de la vie en société, sans laquelle les rapports humains seraient inconcevables. On sait que que le « droit naturel » est extrêment incertain faute de contenu qui se retrouve en tout temps et en tous lieux ; s'il est cependant un concept qui présente cette universalité et cette permanence, qu'aucune société ou groupe humain n'a pu ignorer, c'est bien celui du respect de la parole donnée. Pacta sunt servanda »* [1610]. La jurisprudence appliquant l'article 1184 du Code civil n'a fait que respecter ce principe émanant du droit romain. La société en participation n'est finalement qu'un pacte qui doit être respecté et c'est ce qui fait sa force et son originalité.

[1610] A. Bénabent, *Droit civil – les obligations,* Droit Privé, Domat Montchrestien, 11ème édition, 2007, réédité en 2008, n°11 à propos des contrats en général.

CONCLUSION :

473. Comme nous l'avons constaté, la société en participation, héritière de la societas de droit romain, met parfaitement en jeu le jus fraternitatis. Elle est la moins évoluée sur le plan des institutions sociétaires, mais la plus polymorphe au regard des attentes des participants. Ils organisent le contrat de société en participation en fonction des besoins de leur entreprise en vertu du principe d'autonomie de la volonté. Le contrat devient alors un instrument de coopération entre les participants mais aussi un dispositif de sécurité juridique[1611]. Le contrat de société en participation crée une forme d'alliance entre des partenaires. Elle leur permet de *« préserver leur indépendance, leur autonomie concurrentielle tout en améliorant la coordination de leurs activités, en assurant la mise en commun des ressources, et en réduisant les risques associés à certaines activités (R&D, nouvelle technologie, nouveaux marchés) »*[1612].

Les participants doivent choisir la durée de la vie sociale, qui peut être illimitée. Ils vont mettre à sa disposition les biens, le numéraire ou leur industrie. Ils doivent respecter les obligations inhérentes à la participation, en application de l'article 1134 du Code civil, y compris leur contribution aux pertes. En contrepartie ils bénéficient de droits : participer à la gestion, a minima lors d'assemblées, obtenir leurs parts de bénéfices…

La société en participation de professions libérales est quelque peu différente. Elle se situe à mi-chemin entre les sociétés dotées de la personnalité morale et les sociétés en participation classiques. L'autonomie de la volonté est encadrée dans un but de protection des professions en cause.

Le caractère à façon de la société en participation s'exprime aussi bien dans le cadre de notre législation française que dans la diversité financière des espaces internationaux. Cette société est particulièrement adaptée à des opérations spécifiques : construction d'ouvrages d'art, coproduction de films…. C'est pourquoi, elle correspond parfaitement à la définition de

---

[1611] J. Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », Revue d'économie industrielle, 2000, n°92 : « *le contrat, réalisant un échange de biens ou de services à titre onéreux, peut être caractérisé en tant que catégorie juridique, par l'accord des volontés, qui en est l'élément subjectif essentiel, et par l'utile et le juste, qui sont ses finalités objectives. Il reste en conséquence un accord de volonté destiné à produire des effets de droit dont la force obligatoire dépend de sa conformité au droit objectif. A ce titre, il doit être conforme à ses finalités objectives, l'utile et le juste. De la finalité d'utilité sociale se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération. De la finalité de justice contractuelle se déduit la recherche de l'égalité des prestations par respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable* ».

[1612] B. Quélin, « Exernalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », Revue Française de Gestion, 2003, n°143.

l'adhocratie temporaire[1613] donnée par le professeur Henry Mintzberg[1614]. Elle est ainsi à la frontière des « *contrats classique et néoclassique* » au sens du professeur Ronald Coase[1615]. En effet, elle se caractérise par une opération ponctuelle mais sur laquelle peut peser une forte incertitude. Dans ce cadre, elle correspond en gestion à la notion d'institution du professeur W. Richard Scott[1616] et à la conception contractuelle dans l'acceptation juridique[1617].

Mais nous avons aussi pu observer dans cette étude l'ambivalence de la société en participation. Tantôt cette forme sociale est rendue obligatoire par l'environnement économico-juridique, notamment par des législations étrangères, et la réalité de l'affectio societatis est alors contestable. Tantôt elle correspond à un réel contrat de société en participation choisi par les associés. C'est pourquoi, concluerons sur la nature de cette société puis envisagerons son avenir.

[1613] Bien que souple, adaptable au projet, elle ne répond pourtant pas parfaitement à la notion d'entreprise intelligente, car la loi des parties peut rendre la prise de décision plus « lente ». Elle s'en rapproche, car parfaitement ad-hoc. Selon Maurice Saias et Jean Greffeuille, « L'état de l'art : vers de nouveaux paradigmes stratégiques », in *Droit et Gestion de l'entreprise*, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, IAE de Paris, Vuibert Gestion, ESUG Toulouse, novembre 1993 p.227, *« la nécessité de changer de façon permanente pose le problème de la construction d'une entreprise intelligente, c'est-à-dire capable d'apprendre plus vite et mieux que ses concurrents. Cette capacité d'apprentissage est sans nul doute le seul réel avantage compétitif soutenable à long terme. Seule, elle permet de bâtir des couches d'avantages concurrentiels (portefeuille d'avantages) qu'il s'agit d'utiliser le plus rapidement et le plus efficacement possible ».*

[1614] H. Mintzberg, *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation novembre 1998, 2ème tirage 1999, p.299, (1ère édition en 1989).

[1615] R. Coase a classifié les entreprises sous trois types de contrats :

- le contrat classique qui correspond à une alliance ponctuelle dont l'objet est parfaitement délimité et où toutes les éventualités sont prévues ;
- le contrat néoclassique, lorsque se tisse une relation à long terme soumise à l'incertitude ;
- le contrat personnalité lorsque la duré et la complexité des liens entre les parties sont importants.

Voir R. H. Coase, « The nature of the firm », 4 novembre 1937, publié en France à la Revue Française d'Economie, 1987, et Jean-Michel Deleneuville, « L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985 », Revue des Procédures Collectives 1998, p.445.

[1616] D'une certaine façon, elle a des traits communs avec la notion d'institution du professeur Scott. En effet, selon, D. Courpasson, « Le changement politique », Revue Française de Gestion septembre-octobre 1998 p.6, *« la version régulationniste du changement, qui propose une version forte de la négociation, va donc plus loin que la simple approche par la participation. Non seulement l'acteur participe, mais il élabore les règles. De même l'entreprise est, dans cette acception clairement une institution, et non une organisation… Les institutions, au sens de Scott (*W.R. Scott, *Institutions and Organizations,* Thousand Oaks, Sage, 1995 p.18*), sont des «* systèmes adaptatifs, organiques, affectés par les caractéristiques sociales de leurs participants, ainsi que par les diverses pressions imposées par leur environnement ». *Une institution est un ordre adaptatif, souple, flexible, mais interagissant avec un environnement jamais totalement contraignant : une organisation est un ordre mécanique autonome, donc opposé au changement ».*

[1617] La conception contractuelle « *reprend la conception romaine. Devant le Tribunat, Treilhard fait remarquer qu'en cas de lacune du texte,* « on croit toujours bien qu'on devrait y suppléer en y appliquant ce qui a été dit en général par rapport au contrat » » (*Travaux préparatoires du Code civil,* Fenet, t.XX, p.380), cité par S. Schiller, *Les limites contractuelles en droit des sociétés – les connexions radicales,* LGDJ, 2002, p.5. Elle ajoute reprenant l'historique de ces notions institution/contrat : « *le rôle de l'Etat dans la formation des sociétés augmente, de nombreuses règles étant alors imposées. Illustrant cette attitude, la loi de 1867 paraît remettre en cause la nature contractuelle des sociétés. Les partisans d'une conception structurelle et en particulier le Doyen Hauriou lui ont substitué la thèse de l'institution….Aujourd'hui, la doctrine admet généralement la coexistence des conceptions institutionnelle et contractuelle de la société. La définition de la société donnée par l'article 1832 du Code civil maintient la référence au contrat ».*

474. Cette société ne s'analyse pas comme une société classique, même si certains auteurs considèrent qu'elle est *« une véritable société qui doit réunir tous les éléments caractéristiques du contrat de société : apports, partage des bénéfices (ou des économies) et des pertes, minimum de deux associés et affectio societatis »*[1618]. Car, volontairement non immatriculée, cette société reste, conformément à l'article 1842 du Code civil, un contrat et est donc régie par le droit des contrats et des obligations. *« L'absence d'immatriculation justifie bien le maintien du régime juridique du contrat de société, tel qu'il est à son origine »*[1619]. Alors que certains auteurs qualifient la société créée de fait de quasi-contrat[1620], une quasi-société, la société en participation est, avant même d'être une société, un contrat.

C'est pourquoi, celle-ci ne se dissout pas, mais est résolue ou résiliée, comme tout contrat de partenariat[1621]. Sa force, sa réalité, demeure dans le contrat librement choisi par les participants, qui doit néanmoins respecter les dispositions impératives du droit des sociétés[1622]…, tant dans son élaboration que dans son organisation par application du principe d'autonomie de la volonté. C'est ainsi que sa durée peut être illimitée. Le contrat peut aussi faire l'objet d'une tacite reconduction[1623]… La notion de parts sociales est inenvisageable en raison de l'absence de patrimoine. Il s'agit non pas d'apports mais de mise à disposition des fonds, biens ou industrie nécessaires au contrat. En conséquence, un associé ne peut aliéner ses parts, mais il va céder une part de contrat. La formalité de cette cession reste encore discutée mais au titre de la sécurité juridique il est prudence d'envisager la nécessité d'un accord unanime des coparticipants. La situation du chef de file est née elle aussi du caractère contractuel de la société en participation. En l'absence de possibilité de représenter la structure, il ne peut être gérant. Il agit en son nom et pour le compte des participants, y compris pour lui-même. Il est donc qualifiable de « commissionnaire d'intérêt commun ».

Pour ce type de société, choisie et adaptée aux besoins des participants, il est probable que l'affectio societatis se rapproche le plus de la notion de jus fraternitatis, du moins lors de

---

1618 M. Storck, « Société en participation », Joly, Sociétés, 2-2011 ES120.

1619 P. Storck et O. Rambaud Martel, « Du contrat de société en participation », note sous Cass Com 23 octobre 207, Les Petites Affiches, 2008, n°136, p.15.

1620 S. Vacrate, *La société créée de fait, essai de thésaurisation*, LGDJ, 2003, p.331, n°783 : « *ainsi le quasi-contrat est, à l'égard des tiers, une apparence de contrat, tout comme la société créée de fait est, à l'égard des tiers et des juges, une apparence de société et mériterait le nom de «* quasi-société » ». Paul Didier, *Droit commercial tome 2 : « l'entreprise en société, les groupes de sociétés,* PUF 3ème édition 1999 p.546 : « *la société créée de fait ne naît pas d'un contrat, elle résulte du fait (quasi-contrat) que deux ou plusieurs personnes sans avoir jamais conclu de contrat* » travaillent ensemble.

1621 La notion de contrat-cadre peut aussi s'adapter à ce type de contrat de société en participation.

1622 Riassetto I., « Société en participation », JurisClasseur Civil, articles 1871 à 1873, 2005.

1623 P. Storck et O. Rambaud Martel, idem : « *La prorogation tacite du terme d'une société est condamnée en droit des sociétés, celle-ci est admise en matière contractuelle* ».

l'élaboration des statuts, ce que certains auteurs nomment l'affectio contractus[1624]. Ainsi, « *l'extrême simplicité de la société en participation fait apparaître ce type de société comme une institution intermédiaire entre les contrats ordinaires et les sociétés »*[1625].

475. Finalement, en raison de son caractère éminemment contractuel, à la place du terme « société en participation », ne faudrait-il pas plutôt l'appeler contrat de société en participation ou contrat de participation[1626] ? La pleine reconnaissance de sa nature contractuelle permet de régler nombre de différents dans la vie de cette société, grâce au recours au droit des obligations. [1627]. La jurisprudence a esquissé cette voie[1628] : « *plutôt que de faire référence à une société, il serait judicieux d'utiliser l'expression de contrat de société en participation ; c'est d'ailleurs le parti suivi par les juges du fond auxquels avait été demandé de prononcer la résolution du contrat de participation* »[1629]. Elle apparaît donc comme un contrat nommé, un contrat spécifique ou « *spécial* »[1630] du Code civil !

476. Quel sera l'avenir de la société en participation ? Elle est la forme juridique la mieux adaptée à une adhocratie temporaire en raison de sa souplesse mais elle a aussi des concurrents, notamment dans l'espace européen. L'interrogation mérite donc d'être posée pour les sociétés en participation imposées par l'absence de société européenne adaptée aux besoins des participants[1631].

[1624] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* LGDJ, 2004, p.729 : « *le contrat de société supposerait des associés qu'ils se comportent* « non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs, animés d'un esprit de fraternité » » (Michel Germain et Louis Vogel, *Traité de droit commercial de G. Rippert et R. Roblot,* tome 1, 17ème édition LGDJ, 1998, n°1027 p.803) . *« Cette collaboration … n'est pas absente des contrats de droit commun et encore moins des contrats dits de collaboration. Ainsi à l'affectio societatis qui recouvrait* « une volonté d'alliance pour le meilleur et pour le pire » [Gabriel Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif,* LGDJ, 1961 p.61] *« répondrait l'affectio cooperationis ou l'affectio contractus présent, selon une intensité variable, dans tous les contrats ».* Par la suite, cet auteur, traitant des sociétés en général, rappelle que « *la société est encore un contrat ; cependant, elle n'est pas seulement un contrat ».*

[1625] E.-N. Martine, « Les problèmes de qualifications à propos des sociétés en participations », RTD Com, 1959, p.41.

[1626] L'avantage du terme de contrat de société en participation repose, nous semble-t-il, dans le rappel de l'affectio societatis.

[1627] J.-P. Storck, « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques,* Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000 p.767.

[1628] Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, p.277 précité : *la cour d'appel a violé le principe de l'effet relatif des contrats et l'article 1165 du Code civil.*

[1629] J.- P. Storck, « Contraintes découlant pour les parties à un pool bancaire de la qualification de société en participation », JCP, E. et affaires, 2001, p.1677.

[1630] Ibidem.

[1631] La société en participation n'est pas le seul palliatif choisi : « *la pratique n'a pas attendu la mise au point d'une société de droit – ou de type – européen pour travailler au-delà des frontières, et vaincre les obstacles juridiques et fiscaux à la mobilité : recours fréquent à des pactes d'actionnaires, à un jumelage d'actions,*

La société imposée par des contingences externes se révèle handicapée par ce qui fait sa force sur le court terme : son absence d'efficacité juridique, à savoir son absence de personnalité morale et de capital. En tant que telle, sur le plan international, l'évolution du droit des sociétés devrait rendre de plus en plus rare la société en participation rendue obligatoire par les législations internes.

Jusqu'en 2004, l'absence de société européenne handicapait fortement la joint-venture européenne. La société en participation devenait ainsi une des premières formes de société européenne, voire internationale. En effet, « *le recours à une forme sociale pose aux partenaires un problème d'entrée, celui du choix du siège et du droit de référence, sur lequel il arrive qu'un projet achoppe. A cet égard, une forme européenne est évidemment susceptible de faciliter la création de sociétés communes* »[1632].

Certes, la société en participation, structure souple et adaptable, minimise l'obstacle du choix du droit, car son organisation est beaucoup moins réglementée que celle des sociétés anonymes, par exemple. Néanmoins, pour des organisations pérennes, elle s'avère vite inadaptée, voire inadéquate. Les dirigeants se voient quelquefois contraints de juxtaposer à cette aventure en commun une société de capitaux, forcément dotée d'un patrimoine social. Et là, se repose la complexité des différences de législations en vigueur.

C'est pourquoi, les « législateurs » français et européens ont pris conscience de la nécessité de créer une société européenne dotée de la personnalité juridique.

La société par actions simplifiée, instrument français de coopération entre entreprises, a été présentée comme une première avancée dans ce domaine. En effet, « *les sociétés anonymes françaises pouvaient apparaître mal adaptées à la constitution de joint-ventures. La société par actions simplifiée a été conçue pour éviter la fuite des investisseurs vers les Etats membres aux législations sur les sociétés plus souples* »[1633]...Néanmoins, la société par actions simplifiée reste par trop rattachée à une législation nationale.

---

parfois à une filiale commune, à une succursale ou à un GEIE… », M. Luby et A. Marmisse, « Droit européen des affaires – les politiques communes – droit des sociétés », RTD Com, 2004, p.180.

[1632] U. Mayrhoffer, P. Nanopoulos et S. Urban, « Rapprochements d'entreprises et cadre juridique : pour une Sarl européenne », publication du CESAG, Strasbourg, octobre 1997, p.33 ; ces auteurs plaident pour la SARL, société « *fermée, non cotée en Bourse qui exclut par ailleurs l'intrusion de partenaires indésirables trop concernés par la veille technologique par exemple (une sorte de rapt du futur)* », p.3.

[1633] J.-L. Colombani, « La société par actions simplifiée sera-t-elle un moteur pour la société européenne », Les Petites Affiches, 29 mars 1999, p.7 ; voir aussi S. Bienvenu, « La réforme de la société par actions simplifiée : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », Les Petites Affiches, 25 octobre 1999, p.12 : « *la création de la SAS, en 1994, résulte, comme on le sait, de la volonté d'endiguer la délocalisation des grandes entreprises françaises en leur offrant un cadre juridique favorable au développement de leurs activités de coopération industrielle et commerciale, ainsi qu'à la gestion de leurs filiales communes… Alors qu'elle était jusqu'à présent réservée à un cercle très restreint de personnes morales, la SAS peut, aux termes de l'article 262-1 nouveau,* « être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de

Au fur et à mesure, s'est imposée la nécessité de proposer au monde des affaires une société transnationale, d'où la naissance de la société européenne (SE)[1634]. « *L'objectif de la société européenne est bien de permettre à des sociétés relevant d'Etats membres différents de fusionner ou de créer une holding. De plus, elle vise à permettre à des sociétés et autres personnes morales exerçant une activité économique de créer des filiales communes »*[1635]. La société européenne est instituée lors du Sommet européen de Nice, le 8 décembre 2000 et adoptée par le règlement CE n°2157/2001 et la directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001. Elle est introduite en droit français par la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et son décret d'application du 14 avril 2006. « *Les sociétés actives dans plusieurs pays membres de l'Union ne devront plus constituer, dans chacun de ces pays, une société locale. Il ne sera plus nécessaire d'investir, notamment en frais de constitution et de notaire, pour pouvoir être présent à l'étranger »*[1636], l'étranger s'entendant comme tout Etat de l'Union Européenne. Néanmoins, cette nouvelle forme sociale n'est pas devenue une concurrente de la société en participation pour trois raisons.

La première concerne son enracinement géographique. Il s'agit dès lors d' « *une société de type communautaire,* [dont] *les renvois aux législations nationales sont importants et rattachent la société européenne au droit de chaque Etat membre.»*[1637].

Deuxièmement, elle reste aussi contraignante qu'une société anonyme française. En effet elle se caractérise par le fait que « *la liberté d'organisation de la société européenne dans les*

---

leur apport ». *Cette réforme, que certains auteurs qualifient déjà de* « démocratisation » *ou de* « big bang du droit des sociétés » *réside donc essentiellement dans son ouverture aux PME, mais également – et surtout – aux personnes physiques ».*

[1634] J. Boucourechliev, *Une société de droit européen,* Presses de Sciences Po, Creda, 1999, p.78 : « *pour que la société privée soit un instrument efficace de coopération entre entreprises de toutes tailles, directement pour les petites et moyennes entreprises, par leurs holdings ou filiales pour les grandes, il faut que les sociétés, comme les personnes physiques qui remplissent les conditions de capacité de droit commun, puissent constituer une société privée européenne par création ou transformation de société aussi bien que par fusion, avec quelque partenaire que ce soit ».* Après se pose le problème des statuts de ladite société européenne.

[1635] J.-L. Colombani, « La société par actions simplifiée sera-t-elle un moteur pour la société européenne », Les Petites Affiches, 29 mars 1999, p.7.

[1636] T. Krstic, « Enfin une société anonyme européenne » : « *la première proposition de société européenne a été faite par la Commission en 1970 et déjà les six Etats membres n'arrivaient pas à se mettre d'accord. La cause du blocage a surtout été l'harmonisation difficile du rôle des travailleurs dans l'entreprise »*, http://www.idefisc.cx/articles/societe_anonyme.html.

[1637] M. Menjucq, « La société européenne (règlement CE n°215/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 », Revue des Sociétés, 2002, p.225 : « *en définitive, la SE … est une société par actions régie principalement par les dispositions du règlement. Toutefois, le règlement ne couvre pas, d'une part, des domaines du droit tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle ou l'insolvabilité, ni, d'autre part, certains aspects se rapportant au statut de la SE. En conséquence, pour les domaines non couverts, les dispositions du droit des Etats membres et du droit communautaire sont applicables, et pour l'aspect du statut de la SE non traité par le règlement, il est attribué compétence à la loi de l'Etat dans lequel la société européenne a son siège statutaire et son administration centrale ».*

statuts est limitée »[1638]. La direction et l'administration de la société européenne sont régies soit par un Conseil d'Administration, soit par un Conseil de Direction et un Conseil de Surveillance. Quant aux règles applicables aux Assemblées Générales des actionnaires, elles sont pour l'essentiel du ressort de la législation de l'Etat dans lequel se trouve le siège social. Cette société peut naître d'une fusion-absorption[1639], de la constitution d'un holding[1640] ou d'une filiale[1641], en respectant des conditions de constitution, ou enfin par transformation d'une société anonyme en SE[1642]. Elle oblige en outre d'impliquer les salariés dans sa constitution. Si cette dernière condition est respectée, la SE peut être immatriculée, si elle a son siège social en France, au registre du commerce et des sociétés[1643]. L'avancée demeure ainsi bien modeste, malgré le communiqué qui en a été fait[1644], face aux aspirations des milieux économiques[1645] : « *devant entrer en application en 2004, elle se trouve dotée d'un*

[1638] M. Menjucq, « La société européenne (règlement CE n°215/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 », Revue des Sociétés, 2002, p.225.

[1639] M. Menjucq, idem : « *la société absorbante prenant la forme d'une SE* ».

[1640] M. Menjucq, idem : « *plusieurs SA et/ou SARL peuvent être à l'initiative de la constitution d'une SE holding si deux d'entre elles au moins ont leur siège dans des Etats membres différents ou bien si elles ont depuis deux ans au moins une société filiale relevant du droit d'un autre Etat membre ou un établissement situé dans un Etat membre autre que celui de leur administration principale* ».

[1641] M.Menjucq, idem : « *une SE peut être instituée au moyen d'une filiale commune créée par toute société au sens de l'article 48 du traité CE ou toute entité juridique de droit public ou privé constituée selon le droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans la Communauté…* ».

[1642] M. Menjucq, idem : « *une société anonyme relevant du droit d'un Etat membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans un Etat membre peut se transformer en SE si elle a une filiale juridiquement rattachée à un autre Etat. La transformation ne provoque ni la dissolution de la société en cause, ni la création d'une personne morale nouvelle selon l'article 37 du règlement* ».

[1643] Pour autant, la société ne peut être immatriculée si la question de l'implication des salariés dans la SE n'a pas été réglée, dans le cadre d'un groupe spécial de négociation représentant les salariés des sociétés qui constituent la SE. « *L'objectif de la directive est d'assurer le principe qualifié «* d'avant- après » *selon lequel les droits de participation dont disposaient les salariés avant la constitution de la société européenne doivent être à la base de l'organisation de leurs droits de participation dans la société européenne* », selon M.Menjucq, idem. Mais « *dans de nombreux cas, la société européenne peut être constituée sans participation des salariés aux organes d'administration ou de surveillance de la SE, soit parce qu'aucune société participant à l'opération ne connaît un tel régime, soit parce que les dirigeants et les représentants des salariés des sociétés concernées conviennent de ne pas appliquer un tel système* », selon M. Menjucq, idem.

[1644] F. Bolkestein, commissaire chargé du marché intérieur, au Conseil des ministres de l'Union Européenne, le 20 décembre 2000 : « *cet accord politique représente une avancée importante pour les entreprises en quête d'une structure efficace leur permettant d'opérer à l'échelle européenne. La société européenne permettra à ces entreprises de développer et de restructurer leurs activités transfrontalières sans passer par les formalités administratives interminables et coûteuses qu'implique l'établissement d'un réseau de filiales. Elle marque donc un progrès dans nos efforts tendant à intégrer le marché intérieur dans la réalité quotidienne des entreprises, à encourager un plus grand nombre de celles-ci à saisir leur chance au-delà des frontières nationales et à renforcer la compétitivité de l'Europe, conformément aux objectifs fixés au sommet de Lisbonne* ».

[1645] Voir par exemple le site de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris : « *les grandes entreprises, les groupes sont également très intéressés par un tel projet. Leur structure est toujours éclatée en holdings, filiales et sous-filiales dont la plupart ne font pas appel public à l'épargne et dont beaucoup sont communes à plusieurs groupes. Elles sont alors le lieu de coopérations diverses qui peuvent être temporaires ou évolutives. La forme de la société de partenaires est leur cadre naturel, et une forme européenne leur apporterait un statut à leur mesure, connu et uniforme dans toute l'Union Européenne et donc commun à toutes les filiales européennes d'un groupe quel que soit le lieu de leur implantation* ». Voir le site http://www.ccip.fr:etudes:dossiers:spe:fr:motifs.htm.

statut taillé à la mode des années 1970 et ne permet pas le libre aménagement des apports entre les associés tel qu'il est possible dans la société par actions simplifiée »[1646] .
Enfin, une société par actions européenne ne permet pas d'exclure les intrusions extérieures, en particulier celles des concurrents, contrairement aux sociétés françaises à responsabilité limitée ou en nom collectif notamment.

Ainsi, « *la liberté statutaire est entravée par le double rattachement de la SE à un corps de règles matérielles communautaires et à la loi de l'Etat de son siège. Selon l'article 9 du règlement, la liberté statutaire des parties ne peut s'exprimer pour ce qui est régi par le règlement que lorsque celui-ci l'autorise expressément et pour le reste, la liberté statutaire s'exerce dans les mêmes conditions que pour une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège »*[1647]. Sa rigidité ne correspond guère aux attentes des milieux économiques et est en contradiction avec un certain assouplissement du droit des sociétés national. Elle est loin d'avoir bouleversée le monde des affaires et celui des sociétés en participation et son utilisation est limitée pour des opérations nécessitant une structure souple[1648] .

477. Le concurrent de la société en participation en tant que joint-venture européenne sera peut-être la nouvelle société européenne. En effet, pour répondre à aux critiques opposées à la SE et pour faciliter le développement des petites et moyennes entreprises (PME) en Europe, la Commission Européenne a présenté le 25 juin 2008[1649] un projet de nouveau statut de

---

[1646] Editions –Joly, Joly News n°91 du 19 décembre 2001, www .editions-joly.com : « *le règlement l'instituant, règlement CE n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, est en effet publié au JOCE L294/1 du 10 novembre 2001, avec la directive n°2001/86/CE, complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs…S'agissant de l'aspect social, on constate que dans de nombreux cas, la société européenne pourra être constituée sans participation des salariés dans les organes sociaux, soit parce qu'aucune société participant à la constitution n'aura connu un tel régime, soit parce que, par un accord, les dirigeants et les représentants des salariés des sociétés concernées se seront entendus pour ne pas appliquer un tel système »*.
[1647] Ibidem.
[1648] M.Menjucq, « La société européenne (règlement CE n°215/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 », Revue des Sociétés, 2002, p.225 : « *la société européenne est conçue comme un instrument sociétaire pouvant faire appel à l'épargne publique ou pouvant demeurer fermé. Certes la rigidité de son statut résultant de règles communautaires et de règles nationales sur les sociétés anonymes peut convenir à une société ouverte au public, en privilégiant la transparence »*.
Certes, le holding est une société fermée ; néanmoins, cette structure sociale n'apparaît pas comme la plus cloisonnée qui soit.
[1649] Commission européenne, communiqué du 25 juin 2008, D 2008 p.36 : *« La SPE a été conçue pour remédier aux obligations contractuelles onéreuses qui pèsent sur les PME exerçant des activités transfontalières. En effet, ces dernières doivent créer des filiales sous des formes de sociétés différentes dans chaque état membre dans lequel elles veulent exercer une activié. En pratique, la SPE aura pour effet que les PME pourront créer leur société sous une forme unique, indépendamment du fait qu'elles exercent une activité transfontalière ou*

société : la société privée européenne (SPE). Elle se définit comme un « *nouveau groupement européen adapté au PME qui promeut la liberté contractuelle »*[1650]. En effet, les PME représentent 99 % des entreprises dans les pays de l'Union[1651]. Elle devrait être tout aussi adaptée à « *la vie des multinationales… La SPE pourra en particulier avoir son siège dans un pays tout en étant juridiquement enregistrée dans un autre»*[1652].

Avec un nouvel instrument juridique adapté pour des opérations non temporaires en Europe et l'évolution du commerce mondial vers de plus en plus d'ouverture et de moins en moins de barrières d'entrées, la société en participation perdra un peu de son intérêt en tant que joint-venture européenne. Son utilisation devrait se recentrer sur les opérations qualifiables d'adhocraties temporaires. En raison de son extraordinaire souplesse, elle est et restera ainsi un instrument nécessaire dans les rapports internationaux, voire même en Europe.

Toutefois, certaines affaires dont l'objet est durable demeureront encore soumises au régime de la société en participation, certaines en raison de sa spécificité de contrat non révélé, d'autres en raison de son fort caractère d'intuitus personae, son jus fraternitatis.

De toute façon, l'idéal pour ce contrat est qu'il coïncide avec des opérations temporaires car il est parfaitement adapté à ce type d'objet social.

---

seulement dans leur état membre d'origine. Choisir le statut de SPE permettra aux entrepreneurs de gagner du temps et de l'argent en conseils juridiques, administratifs et de gestion ». Cette nouvelle société devrait entrer en vigueur après 2010.

[1650] S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, « Droit des sociétés, octobre 2009 – novembre 2010 », D 2011.472.

A ce jour, le projet n'est pas encore adopté pour des raisons fiscales et de droit du travail. B. Lecourt, « Avenir du droit européen des sociétés : la Commission européenne lance une vaste consultation publique », Revue des Sociétés, 2012, p.323 : « *ce projet, qui a bientôt quatre ans, fait malheureusement l'objet d'oppositions entre Etats sur la possibilité de dissocier le siège statutaire du siège réel ainsi que sur le régime de participation des travailleurs ».*

Il s'agit d'une société, dotée de la personnalité morale, par actions. Elle peut être unipersonnelle. Son siège social doit être fixé dans un Etat de l'Union européenne. Les associés déterminent dans les statuts leurs droits pécuniaires et non pécuniaires. Malgré le fait que les droits sociaux sont des actions, il est prévu une procédure d'agréement en cas de cession.

[1651] D. Weber-Rey, « La société privée européenne », D 2008 .2848.

[1652] G.B., « Une petite révolution », Alternatives économiques, septembre 2008, p.21.

Annexes

Annexe 1 : Degré d'engagement d'une entreprise sur un marché international

Le degré d'engagement d'une entreprise sur un marché international s'étalonne de la situation occastionnelle jusqu'à la multinationale.

1	2	3	4	5	6
occasionnel	exportation indirecte	exportation directe	présence sans engagement financier	présence avec engagement financier	multinationale

1. L'entreprise ne cherche pas activement des marchés étrangers.
2. Elle vend une partie de sa production à des exportateurs.
3. Elle vend à des clients étrangers.
4. Elle crée des unités de production dans les pays-hôtes avec les capitaux de ses partenaires étrangers. Il s'agit dès lors des accords de licences de distribution de produits, des réseaux de franchise…
5. Elle constitue des unités de production dans les pays-hôtes avec ses propres capitaux. Cette présence correspond à la création des joint-ventures ou des construction des usines en pleine propriété. « *Les joint-ventures sont intéressantes dans les réseaux de distribution du pays-hôte et permettent de partager les coûts de construction et d'équipement des usines ou des bureaux* ».
6. Elle vend et achète dans le monde entier[1653].

[1653] Schéma d'A. Ham et C. Schewe, *MBA Marketing, synthèse des meilleurs cours américains, les concepts*, MAXIMA Laurent Mesnil Editeur, 1994, p. 111.

Annexe 2 : Historique du tunnel transmanche

L'histoire de cette aventure en commun remonte au XVIII° siècle : Nicolas Desmarets[1654] a le premier l'idée d'un lien fixe entre la France et l'Angleterre[1655]. « *Mais le véritable père du tunnel est Aimé Thomas de Gamond… Il consacra toute sa vie à une idée farfelue : traverser la Manche à pied sec !… Il songea à déposer au fond de la mer un énorme tube revêtu à l'intérieur d'une maçonnerie. Il eut l'idée, en 1851, d'un tunnel foré »*[1656].

L'idée fait son chemin malgré deux tentatives avortées. Ainsi de 1878 au 18 mars 1883, mille huit cents mètres de galeries sont creusées du côté anglais[1657] et mille six cent soixante-dix mètres du côté français. La deuxième a lieu de 1966 à 1974 : cette fois, quatre cents mètres de galeries ont été percés à Douvres et trois cents mètres à Sangatte[1658].

Les 10 et 11 septembre 1981, lors d'un Sommet franco-britannique, Margaret Thatcher et François Mitterrand remettent sur les rails le lien fixe, en décidant de « *programmer une étude conjointe sur l'intérêt et les possibilités d'une liaison transmanche. Un groupe de travail franco-britannique est mis en place. En 1982, le rapport est déposé et conseille la construction d'un double tunnel ferroviaire comportant des navettes pour les véhicules »*[1659] .

Le Parlement européen soutient en 1983 ce projet. En 1984, est désigné un groupe d'experts pour l'élaboration d'un cahier des charges. Le 31 octobre 1984, quatre groupes industriels et financiers déposent leurs projets : l'Europont[1660], l'Euroroute[1661], le Transmanche express[1662]

[1654] Nicolas Desmarets, né à Soulaines en 1725 et mort à Paris en 1815, ingénieur et géologue, membre de l'Académie des Sciences. Il a écrit pour l'Encyclopédie méthodique un article consacré à la fabrication du fromage, a tracé la carte des volcans d'Auvergne et a proposé l'idée d'un lien fixe transmanche.

[1655] « *En 1751, à la demande de l'académie d'Amiens, il rédigea un mémoire sur le moyen d'améliorer la traversée de la Manche. Dans ce document, il établit, le premier, que la Grande Bretagne était auparavant rattachée au continent. Pour restaurer* « cette communication divine », *il aurait suggéré un tunnel* », P. Bonazza, *Eurotunnel, le hold-up programmé* , FIRST Documents, septembre 1996, p.18. En 1781, il propose au roi Louis XVI de relier le royaume de France à celui de l'Angleterre au moyen d'un pont, d'un tunnel ou d'une digue. Le roi refuse considérant que le projet n'était pas sérieux. Voir le site Internet de l'historique du pont : http://www.ensta.fr.

En 1802, l'ingénieur Albert Mathieu-Favier présente à Napoléon Bonaparte un projet visant à percer un tunnel pavé sous la Manche. L'année suivante, Tessier du Mottray imagine un tunnel immergé posé au fond de la mer.

[1656] P. Bonazza, idem p.18 et 19. De 1834 à 1857, il propose un tunnel immergé, une voûte sous-marine en béton, un bac flottant, un isthme artificiel, un pont mobile et un viaduc. Il effectue en outre les relevés topographiques par trente-trois mètres de fond. En 1851, Hector Moreau conçoit un tunnel dans lequel devaient circuler des trains à vapeur.

[1657] Les anglais abandonnèrent le 12 août 1882. voir P. Bonazza, idem p.24.

[1658] P. Bonazza, *Eurotunnel*, idem p.25. Entre temps, en 1961, est envisagée la construction d'un pont métallique de cent quarante travées ; trois compagnies américaines projettent de construire un tunnel flottant à une quinzaine de mètres sous le niveau de la mer et amarré par des câbles.

[1659] F. Pecheux, Institut du transport routier, *Tunnel sous la Manche, impact pour le transport routier de marchandises belges*, Bruxelles, le 5 décembre 1988.

[1660] Outre des difficultés techniques, le projet était estimé à soixante milliards de francs.

[1661] Il s'agissait d'un combiné pont-tunnel-pont.

et l'Eurotunnel[1663]. Ce dernier, Eurotunnel, double tunnel ferroviaire[1664] avec des navettes pour les véhicules routiers, est proposé par France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd. France Manche rassemble[1665] alors Bouygues SA, Dumex SA, Spie/Batignolles SA, la Société Auxiliaire d'Entreprises (SAE), la Société Générale d'Entreprises (SGE), BNP, Crédit Lyonnais et la Banque Indosuez. The Channel Tunnel Group Ltd comprend Balfour Beatty Construction, Costain Civil Engineering Ltd, Tarmac Construction Ltd, Taylor Woodrow Construction Ltd, Wimpey Major Projects Ltd, National Westminster Bank plc et Midland Bank plc. Il s'agit donc d'un consortium de cinq entreprises françaises, cinq entreprises anglaises et cinq banques[1666].

Le 20 janvier 1986, à l'Hôtel de Ville de Lille, Margaret Thatcher et François Mitterrand annoncent le choix de double tunnel ferroviaire. Le 12 février 1986, Roland Dumas et Sir Geoffrey Howe signent le traité franco-britannique[1667] à Canterbury posant les principes d'Eurotunnel. Le 14 mars 1986, la concession passée entre les deux Etats, France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd accorde à ces derniers « *le droit et le devoir d'assurer conjointement et solidairement la conception, le financement, la construction et l'exploitation*

[1662] Il impliquait des tunnels routiers et ferroviaires.

[1663] Rappelons pour mémoire que « *le coût de la construction a été largement sous-évalué. Estimé à 28 milliards de francs, il s'est élevé au final à 105 milliards de francs. C'est la raison pour laquelle avant l'ouverture, une loi votée en 1994 approuvait un premier avenant à la concession prolongeant de dix ans la durée de cette dernière* », D. Dupilet, rapporteur de la commission de la production et des échanges, débats parlementaires, JO, session ordinaire 1998-1999, séances du mardi 29 juin 1999, p.6637. Voir aussi l'article de J.-J. Jugie, « Eurotunnel en panne », Les Affiches Moniteur, 2 avril 2004, p.11 : « *la structure financière de la société ne lui permettait en aucune façon de survivre jusqu'au terme de la concession, pas même après les augmentations de capital qui ont eu lieu. Il a été principalement reproché à l'exploitant d'avoir sous-estimé le coût de l'ouvrage. Le reproche est recevable et en même temps injuste. L'addition finale n'a représenté « que » trois fois environ le devis initial, ce qui demeure un dépassement honorable pour un chantier de cette envergure, dépourvu d'antécédents, si l'on veut bien établir une comparaison avec les chantiers publics qui dépassent très largement cette norme dans des circonstances voisines. Le problème a bel et bien été le mode de financement : Eurotunnel a placé comme « actions de croissance » son papier qui s'apparentait plutôt à des obligations participatives… En dépit de l'allongement de la durée de concession, en dépit des augmentations de capital qui ont déjà fortement dilué les actionnaires initiaux, Eurotunnel a cruellement besoin de fonds propres complémentaires pour rendre son exploitation viable* ».

[1664] Voir l'article d'O. Talles, « Le tunnel sous la Manche a dix ans », La Croix, 6 mars 2004 : à propos de l'Eurostar (le train à grande vitesse) et du Schuttle (la navette pour les véhicules) : « *cela ressemble à un trou noir, un espace de non-vie, sans lumière. Au premier regard le voyageur ne devine rien ou presque. Ni le béton des parons, ni les rails, ni les systèmes d'aération. Seuls les panneaux sur les côtés laissent penser que nous glissons dans les courbes d'un tunnel de 50 km de long, enfoui à des dizaines de mètres sous la Manche. « Pourtant, cet endroit me parle, témoigne Pierre Cozette, chef d'une équipe de constructeurs chez Eurotunnel, la société d'exploitation de l'ouvrage. Mille souvenirs me viennent en mémoire. Il ne faut pas oublier que dix hommes sont morts pour le bâtir ». …* »

[1665] JMD, « *Les cinq groupes français se sont regroupés au sein d'un GIE : Transmanche Construction* », Les Petites Affiches, 20 septembre 1995, p.4.

[1666] Rapport Assemblée Nationale, 16 juin 1999, p. 5.

[1667] Traité entre le Royaume – Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République Française concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche.

du tunnel [1668]*. Le 29 juillet 1987, François Mitterrand officialise la ratification du traité du Tunnel, ouvrant droit à sa réalisation »*[1669]. La concession est prorogée par deux fois[1670] : la durée du contrat de concession est de quatre-vingt-dix ans ; il prendra fin en 2086. « *Les sociétés du groupe Eurotunnel ont pour objet la conception, le financement, la construction et l'exploitation de la liaison fixe, selon les termes de la concession*[1671]*. La concession exige une mise en place d'une organisation intégrée et le partage égal des recettes et des dépenses. Ces exigences, qui découlent du caractère binational, ne sont que le reflet de la complexité d'une société en participation à l'échelle de deux pays*[1672]. En effet, le tunnel est construit et exploité sous l'égide d'une société en participation, créée entre France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd. En réalité, la société en participation, ainsi que le Conseil Commun[1673], sont suggérés par le Traité de Cantorbery dans son article 13 alinéa 1 : « *les concessionnaires agissent conjointement vis-à-vis des gouvernements et sont représentées auprès d'eux par un exécutif unique. Ils sont responsables conjointement et solidairement pendant toute la durée de la concession…* » . Ces instances sont reprises dans le contrat de concession, conclu le 14 mars 1986, pour une durée de cinquante cinq ans, dans son article 18 : « *les concessionnaires constituent un organe commun formé par les représentants désignés par chacun d'eux. Cet organe comprend un nombre en principe égal de représentants nommés par chacun des concessionnaires. Il a pour mission de :*

- *coordonner l'ensemble des études et travaux de construction ;*
- *coordonner l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage ;*

[1668] Article 2 de la concession quadripartite « Liaison Fixe Transmanche ».
[1669] Documentation émanant des Relations Publiques de la société Eurotunnel SA.
[1670] La première par la loi du 5 février 1994, JO, 8 février 1994, pour dix ans, la seconde par la loi du 12 juillet 1999, loi portant approbation d'un avenant à la concession concernant la conception, le financement, la construction et l'exploitation d'une liaison fixe à travers la Manche signée le 14 mars 1986, JO, 13 juillet 1999, p.10404, pour trente quatre ans. Cette prorogation est rendue indispensable, « *en raison de la dégradation de la situation financière d'Eurotunnel* », projet de loi au Sénat, séance du 28 avril 1999, n°326. Elle est la condition sine qua non du plan de restructuration de la dette des concessionnaires, selon Jean-Claude Gayssot, ministre de l'équipement, des transports et du logement, séance au Sénat du 9 juin 1999.
[1671] Rapport Annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, p.36.
[1672] P. Durand-Rival, DG d'Eurotunnel cité par F. Pecheux, Institut du transport routier, *Tunnel sous la Manche, impact pour le transport routier de marchandises belges*, Bruxelles, le 5 décembre 1988.
[1673] « *Il a la responsabilité de la direction et de la gestion du Groupe Eurotunnel. Le Président du Groupe et, à travers lui, le Directeur Général, sont responsables de la gestion du Groupe Eurotunnel dans le cadre défini par le Conseil Commun, certains sujets relevant de la seule compétence du Conseil, tels que la stratégie globale, les budgets, l'approbation des investissements importants et l'examen des sujets opérationnels, juridiques et financiers importants* », rapport annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, p.50.

- *représenter les concessionnaires auprès de la Commission Intergouvernementale*[1674] *pour tout ce qui touche à la conception, à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe* ».

Les deux entreprises concessionnaires[1675] ont créé, à parts égales[1676], une société en participation « Eurotunnel », de part son essence contractuelle, « *ni française, ni anglaise* »[1677]. A l'époque, elle est « *unique en son genre, binationale et paritaire, entre la France et la Grande Bretagne* »[1678]. Le groupe Eurotunnel est né réellement le 13 août 1986[1679]. Le commissaire aux comptes indique, dans son rapport spécial sur les conventions réglementées relatives aux comptes de l'année 1998 : « *le Conseil d'Administration a approuvé le 13 août 1986, la signature d'un contrat de société en participation qui a été signé le jour même par France Manche SA, The Channel Tunnel Group Ltd, ESA*[1680] *et EPLC*[1681]. *Ce contrat a été amendé par des avenants en date des 25 septembre 1986, 23 juillet et 14 octobre 1987. Ce contrat prévoit que France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd sont associées dans une société constituant une société en participation de droit français et un partnership de droit anglais, ayant pour objet l'exploitation et l'entretien de la Liaison Fixe Transmanche. Aux termes de ce contrat, les coûts et dépenses supportés par France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd aux fins de cette association seront partagés à parts égales entre France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd, qui apportent à l'association les droits découlant et le bénéfice de tous les contrats et biens dont elles disposent en relation avec l'objet de l'association. France Manche SA et The Channel Tunnel Group Ltd partagent les bénéfices ou supportent les pertes de l'association à parts égales* ». Par la suite, les entreprises de construction, actionnaires initiales des deux concessionnaires,

[1674] Instituée par l'article 10 du Traité de Canterbury, pour assumer la responsabilité d'ensemble, pour le compte des deux gouvernements, portant sur toutes les questions relatives à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe, Department of the Environment Transport and the Regions (Transport), comité de Sécurité au Tunnel sous la Manche, rapport annuel, 1995-1996.

[1675] Rapport Sénat, séance 2 juin 1999, p.4.

[1676] Rapport Annuel du groupe Eurotunnel, année 1998, p.31 et rapport annuel du groupe Eurotunnel, année 2004, p.62.

[1677] Documentation émanant des Relations Publiques de la société Eurotunnel SA.

[1678] JMD, Les Petites Affiches, 20 septembre 1995, p.4.

[1679] « *Les contrats de construction et de maîtrise d'œuvre ont été conclus le 13 août 1986* », selon JMD, Petites Affiches, 20 septembre 1995, p.4. L'article 6 de la concession prévoit un maître d'œuvre indépendant. Le contrat de construction sera modifié à six reprises.

[1680] Eurotunnel SA.

[1681] Eurotunnel PLC.

ont conclu – avec elles-mêmes et de façon indirecte – le contrat de construction[1682], ce qui démontre l'absence d'indépendance organique entre Eurotunnel et les constructeurs ! « *Au moment de sa conclusion, son indépendance organique n'était pas encore affirmée. De plus 70 % de l'actionnariat était constitué avec les entreprises lauréates de l'appel à projet, c'est-à-dire les entreprises qui seront chargées de la construction »*[1683]. Cette situation explique sans nul doute les péripéties juridiques d'Eurotunnel[1684].
Eurotunnel, société en participation, disparue en 2007, était une nécessité pour coordonner les travaux de construction de cette aventure en commun, en l'absence de l'existence de toute autre société européenne. Son originalité reposait aussi sur sa souplesse juridique. Rappelons qu'elle était qualifiée de société en participation de droit français et de partnership de droit anglais.

Ainsi les deux gouvernements ont imposé des instances communes européennes pour favoriser l'harmonie de l'opération. « *Eurotunnel, société jumelle, paritaire entre la France et la Grande Bretagne, constitue le prototype de la société de droit communautaire »*[1685]. Prouesse technologique et innovation juridique, mais aussi désarroi financier[1686], telle est cette

[1682] « *Le contrat de construction a été signé avec l'entrepreneur Transmanche Link (TML). TML est constitué d'une groupement d'entreprises françaises (Transmanche Construction) et d'un groupement d'entreprises britanniques, Translink »*, Rapport Assemblée Nationale, 16 juin 1999, p.5.
[1683] JMD, op.cit. p.4
[1684] Dès le début de l'année 1993, Eurotunnel a des contentieux en cours avec tous ses partenaires ; voir par exemple International Chamber of Commerce, Award Sentence, avec la SNCF et the british railways board, 30 octobre 1995 , et plus récemment contre l'Etat français (à propos de Sangatte) Tribunal Administratif de Lille, 1er février 2002, RAJF.org.
[1685] JMD, idem.
[1686] Neuf milliards d'euros d'endettement cumulé, soit plus de dix années de chiffre d'affaires, non comptés les intérêts, ce qui amène à une aberration : la société d'exploitation est en quasi cessation des paiements, alors que le tunnel représente en lui-même une grande infrastructure de transport à l'échelon européen. Or parmi les fonds d'investissement spéculatif, figurent des fonds d'investissement américains, notamment MBIA Inc (Municipal Bond Insurance Association), société mondiale sur le plan de la réassurance. Ces fonds ont depuis ces dernières années, racheté la majorité des dettes auprès des banques créancières…. Cette situation peu rassurante pour les petits porteurs peut expliquer une part de leur offensive.
C'est ainsi qu'a été mise en place une OPE – offre publique d'échange – dans le cadre d'une procédure de restructuration du groupe, OPE autorisée par l'AMF et réussie le 25 mai 2007, selon Le Monde « Eurotunnel a réussi son OPE lui évitant la faillite », 25 mai 2007. La restructuration a permis de débarrasser la nouvelle société de plus de la moitié de sa dette. Pour autant la cotation boursière de la nouvelle entité juridique GET SA à la Bourse de Paris et à celle de Londres et celle de sa filiale EGP s'est effondrée temporairement, perdant 41,55 %, La Tribune, « Le nouvel Eurotunnel s'effondre en Bourse », 2 juillet 2007. Néanmoins, il s'avère que l'opération de restructuration a permis une diminution des frais financières de près de deux cent dix millions d'euros, et de finir l'année 2007 par un résultat bénéficiaire, le premier de son histoire, de un million d'euros, selon l'article « Le groupe Eurotunnel entame une nouvelle vie », Le Figaro, 9 avril 2008. en 2009, « *Eurotunnel verse le premier dividende de son histoire »*, soit quatre centimes par action au profit de ses quatre cent mille actionnaires, selon Le Figaro, 5 mars 2009.
Pour autant, ce renouveau reste cahotique puisque le Tribunal de commerce de Paris a ouvert une procédure de sauvegarde de la société Eurotunnel Plus Limited, dont le siège sociale est situé au Royaume-Uni. Selon Alain Lienhard, note sous Cass Com 30 juin 2009, D 2009.1886, le plan de sauvegarde, voté en 2006, met en œuvre

aventure en commun. C'est pourquoi, la restructuration en 2007 du groupe a entraîné la disparition de cette originalité binationale : « *sur le plan juridique, la nouvelle structure Eurotunnel est … fort différente. De droit français, elle est la tête d'un groupe qui a perdu son caractère binational, jusque là représenté par la présence sur le même plan de deux structures, Eurotunnel SA et Eurotunnel Plc. Aujourd'hui, la société Eurotunnel Group Plc est une filiale de la GET SA* »[1687].

« *d'audacieuses mesures, telles que l'inclusion contre leur gré des fonds d'investissement, cessionnaires de créances bancaires, dans le comité des établissements de crédit, ou encore la conversion des créances en capital, unique exemple à ce jour de la consultation d'une assemblée des obligataires* ».

[1687] L. Chevallard, « Le nouveau groupe Eurotunnel entre en Bourse aujourd'hui », *Les Echos*, 2 juillet 2007 : « *la suppression de cette binationalité se justifie notamment par le profil de l'actionnariat composé à 88,2 % de Français (10,61 % sont des actionnaires du Royaume Uni et 1,19 % belges)* ».

Annexe 3 - 1 : Le traité de Canterbury

Le présent traité est entré en *vigueur* le 29 juillet 1987.

TRAITE

ENTRE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD CONCERNANT LA CONSTRUCTION ET L'EXPLOITATION PAR DES SOCIETES PRIVEES CONCESSIONNAIRES D'UNE LIAISON FIXE TRANSMANCHE

Le Président de la République française et Sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de ses autres Domaines et Territoires, Chef du Commonwealth,

Assurés qu'une liaison fixe trans-Manche améliorera considérablement les communications entre la France et le Royaume-Uni et donnera une impulsion nouvelle aux relations entre les deux pays,

Désireux de contribuer à l'expansion des relations et des échanges entre les Etats membres des Communautés européennes, et plus généralement entre les Etats européens,

Désireux également de permettre à l'initiative privée de mener à bien la construction et l'exploitation d'une liaison fixe trans-Manche, dans les conditions déterminées par le Gouvernement français et le Gouvernement du Royaume-Uni,

Ont décidé de conclure un Traité et ont nommé à cette fin pour plénipotentiaires :

Le Président de la République française :

Son Excellence Monsieur Roland Dumas, ministre des relations extérieures ;

Sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de ses autres Domaines et Territoires, Chef du Commonwealth :

Son Excellence Sir Geoffrey Howe, QC, MP, ministre de Sa Majesté pour les affaires étrangères et du Commonwealth,

lesquels, après avoir présenté leurs pleins pouvoirs, reconnus en bonne et due forme, sont convenus des dispositions suivantes :

Article 1 « Objet et définitions

(1) Les Hautes Parties contractantes s'engagent à permettre la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires (ci-après dénommées « les Concessionnaires ») d'une liaison fixe trans-Manche dans les conditions prévues par le présent Traité, ses Protocoles et accords additionnels, et par une concession entre les deux Gouvernements et les Concessionnaires (ci-après dénommée « la Concession »). La liaison fixe trans-Manche sera financée sans qu'il soit fait appel à des fonds des Gouvernements ou à des garanties gouvernementales de nature financière on commerciale.

(2) La liaison fixe trans-Manche (ci-après dénommée « la Liaison Fixe »), dont la description détaillée figure dans la Concession, est constituée d'un double tunnel ferroviaire, assorti d'une galerie de service, foré sous la Manche entre Fréthun dans le Pas-de-Calais et Cheriton dans le Kent, ainsi que des aires terminales réservées au contrôle de l'accès aux tunnels et de la sortie de ceux-ci ; elle inclut également toute installation destinée au fret ou toutes autres installations, ainsi que toute liaison routière reliant la France au Royaume-Uni, dont les Hautes Parties contractantes conviendraient ultérieurement qu'elles doivent faire partie de la Liaison Fixe.

Article 2 Dispositions internationales, législatives et réglementaires

(1) Les Hautes Parties contractantes prennent les dispositions nécessaires pour que la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe soient assurées dans le respect de leurs engagements internationaux. Elles coopèrent pour accomplir toutes les démarches nécessaires auprès des organisations internationales concernées.

(2) Les Hautes Parties contractantes prennent les dispositions législatives et réglementaires, et entreprennent les actions nécessaires à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires en conformité avec la Concession.

Article 3 Frontière et juridiction

(1) Pour toutes les questions relatives à la Liaison Fixe, la frontière entre la France et le Royaume-Uni est la projection verticale de la ligne définie dans l'Accord signé à Londres le 24 juin 1982, relatif à la délimitation du plateau continental à l'Est de la

longitude 30 minutes Ouest du méridien de Greenwich ; les Etats concernés exercent leur juridiction en conséquence, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article et des Protocoles ou Accords particuliers conclus en application des articles 4, 5, 7 et 8 ci-dessous.
(2) La frontière dans la Liaison Fixe est tracée par une commission mixte composée de représentants des deux Etats, aussitôt que possible après ia réalisation de la section concernée de la Liaison Fixe et, dans tous les cas, avant la mise en service de la Liaison Fixe.
(3) Si, au cours de la construction de la Liaison Fixe, les travaux menés à partir de l'un des deux Etats se poursuivent au-delà de la frontière, la loi applicable dans cette partie est la loi de cet Etat en ce qui concerne les faits se produisant avant que la jonction soit effective.
(4) Les droits sur les ressources naturelles découvertes au cours de la construction de la Liaison Fixe sont régis par la législation de l'Etat sur le territoire ou dans le plateau continental duquel ces ressources se trouvent.

Article 4 Police et contrôles frontaliers
(1) Les contrôles frontaliers sont organisés de manière à concilier, autant que possible, la fluidité et la célérité du trafic avec l'efficacité de ces contrôles.
(2) Les modalités des contrôles de police, d'immigration, de douane, ainsi que des contrôles sanitaires, phytosanitaires, vétérinaires et de tous autres contrôles qui apparaîtraient nécessaires, feront l'objet d'un Protocole ou d'autres accords additionnels.
(3) Ce Protocole ou ces accords prévoiront que les agents des administrations pourront exercer leurs compétences dans une aire de contrôles juxtaposés située sur le territoire de l'autre Etat. Ils contiendront également des dispositions relatives à la libre circulation sur l'ensemble de la Liaison Fixe des fonctionnaires et d'autres personnes, dans la mesure où celle-ci est nécessaire à l'exercice de leurs fonctions en rapport avec la construction ou l'exploitation de la Liaison Fixe, ainsi que des dispositions relatives à la protection et à l'assistance qui seront accordées à ces personnes.
(4) La construction et l'entretien des bâtiments et installations nécessaires aux contrôles frontaliers seront à la charge des Concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession.
(5) Chaque Gouvernement est responsable du paiement ou du recouvrement des frais

afférents aux contrôles qui lui incombent.

Article 5 Défense et sûreté

(1) Les questions de défense et de sûreté concernant la Liaison Fixe et la mise en œuvre du présent Traité font l'objet d'accords particuliers entre les deux Gouvernements. Ces accords comprennent des dispositions pour la libre circulation sur l'ensemble de la Liaison Fixe des fonctionnaires et d'autres personnes, dans la mesure nécessaire i l'exercice de leurs fonctions en rapport avec la défense et la sûreté de la Liaison Fixe, ainsi que des dispositions relatives à la protection et à l'assistance accordées à ces personnes.

(2) De tels accords prévoiront la désignation par chaque Gouvernement des autorités habilitées à prendre toutes décisions requises par la défense et la sûreté de la Liaison Fixe. Dans ce cadre, les autorités ainsi désignées par les deux Gouvernements, ou leurs délégués, agiront, dans toute la mesure du possible, de manière concertée.

(3) Les Concessionnaires soumettent a l'approbation des deux Gouvernements tout projet, plan ou disposition concernant la défense et la sûreté de la Liaison Fixe et les deux Gouvernements établissent une réponse commune à toute proposition de cette nature.

(4) Les Concessionnaires prennent, à la demande des deux Gouvernements, toutes mesures intéressant la défense et la sûreté de la Liaison Fixe. Sauf circonstances exceptionnelles telles que celles visées à l'article 6, les deux Gouvernements se consultent avant de demander aux Concessionnaires de prendre de telles mesures et agissent d'un commun accord.

Article 6 Circonstances exceptionnelles

(1) Dans tous les cas de circonstances exceptionnelles telles que catastrophes naturelles, actes de terrorisme ou conflit armé, ou menaces de telles situations, chaque Gouvernement, après consultation de l'autre Gouvernement si la situation le permet, peut prendre des mesures dérogeant i ses obligations résultant du présent Traité, de ses Protocoles et accords additionnels, ou de la Concession.

(2) De telles mesures peuvent comprendre la fermeture de la Liaison Fixe, mais elles sont proportionnées aux exigences de la situation et immédiatement notifiées à l'autre Gouvernement et, le cas échéant, aux Concessionnaires.

Article 7 Sécurité sociale, sécurité et droit du travail

Les deux Gouvernements pourront négocier un Protocole ou des accords additionnels relatifs au droit de la sécurité sociale, au droit du travail, de l'hygiène et de la sécurité du travail applicables i la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe.

Article 8 Entraide judiciaire

Les deux Gouvernements pourront négocier un Protocole ou des accords additionnels relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile, commerciale, pénale et administrative et au droit applicable à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe.

Article 9 Régime fiscal, douanier et monétaire

(1) L'imposition par les deux Etats des bénéfices et des revenus provenant de la construction ou de l'exploitation de la Liaison Fixe est réglée conformément à la législation des deux Etats, y compris toute Convention de non-double imposition et tendant à la prévention de l'évasion fiscale en vigueur entre les deux Etats et concernant les impôts directs, ainsi que tout Protocole y afférent.

(2) Les deux Etats respectent le principe de non-discrimination en matière de taxes afférentes aux charges pesant sur les utilisateurs des modes directement concurrents de traversée de la Manche.

(3) Les transferts de fonds et les règlements financiers requis par la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe soit entre les deux Etats, soit en provenance ou à destination des pays tiers, sont autorisés, suivant la procédure fixée le cas échéant par les réglementations nationales, en conformité avec le droit communautaire. Le taux de change est celui pratiqué sur le marché pour des opérations de nature similaire. Les deux Etats ne prélèvent aucune taxe sur ces transferts de fonds et règlements financiers autre que les taxes de droit commun appliquées aux paiements que ces transferts ou règlements représentent.

(4) Les deux Gouvernements prévoient, dans la mesure où cela est conforme à leurs obligations internationales, de faire bénéficier les voyageurs utilisant la Liaison Fixe au départ et à destination du territoire métropolitain des deux Etats de ventes hors taxes dans des conditions comparables à celles offertes aux personnes voyageant d'un Etat à l'autre par mer ou par air.

Article 10 Commission Intergouvernementale

(1) Une Commission intergouvemementale est mise en place pour suivre au nom des deux Gouvernements et par délégation de ceux-ci l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe.

(2) A l'égard des Concessionnaires, les deux Gouvernements exercent, par l'intermédiaire de la Commission intergouvemementale, leurs droits et obligations au titre de la Concession à l'exception de ceux concernant la modification, la prolongation, la suspension, la résiliation ou le transfert de cette dernière.

(3) Au titre de sa mission, la Commission intergouvemementale doit notamment :

(a) Superviser la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe ;

(b) Entreprendre toutes consultations nécessaires avec les Concessionnaires ;

(c) Prendre des décisions au nom des deux Gouvernements pour l'exécution de la Concession ;

(d) Approuver les propositions du Comité de sécurité faites en application de l'article 11 ;

(e) Elaborer ou participer à l'élaboration de tout règlement applicable à la Liaison Fixe, y compris en matière maritime et d'environnement, et en assurer le suivi ;

(f) Examiner toute question qui lui serait soumise par les Gouvernements, le Comité de sécurité, ou dont l'examen lui paraîtrait nécessaire ;

(g) Emettre des avis et recommandations à l'égard des deux Gouvernements ou des Concessionnaires.

(4) Chaque Gouvernement désigne la moitié des membres de la Commission intergouvemementale ; celle-ci comporte au plus seize membres, dont au moins deux représentants du Comité de sécurité. La présidence est assurée pour une durée d'un an et alternativement par le chef de chaque délégation.

(5) Les décisions de la Commission intergouvemementale sont prises d'un commun accord par les chefs des délégations française et britannique. En cas de désaccord entre eux, il est fait application de la procédure de consultation entre les Gouvernements prévue à l'article 18.

(6) La Commission intergouvemementale établit son propre règlement intérieur et le

soumet à l'approbation des deux Gouvernements.
(7) Aux fins de sa mission, la Commission intergouvememementale peut faire appel à la collaboration des administrations de chaque Gouvernement et de tout organisme ou expert de son choix.
(8) Les deux Gouvernements prennent les dispositions nécessaires pour mettre en vigueur les règlements applicables à la Liaison Fixe dans le cadre de leurs législations nationales et accordent à la Commission intergouvememementale les pouvoirs d'investigation, d'inspection et d'instruction nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.
(9) Les frais de fonctionnement de la Commission intergouvememementale sont pris en charge par les Concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession.

Article 11 Comité de sécurité

(1) Un Comité de sécurité est mis en place :
(a) Pour conseiller et aider la Commission intergouvernementale sur toutes les questions liées à la sécurité de la construction et de l'exploitation de la Liaison Fixe. A cette fin, le Comité de sécurité :
(i) Emet, sur la demande de la Commission intergouvernementale ou de sa propre initiative, des avis ou des propositions à la Commission intergouvememementale ;
(ii) Participe à l'élaboration de tout règlement applicable à la sécurité de la Liaison Fixe et le soumet à la Commission intergouvememementale ;
(iii) Assure, dans le domaine de ses compétences, toutes fonctions pour lesquelles il a reçu délégation de la Commission intergouvememementale ;
(b) Pour veiller à la conformité des règlements et des dispositifs de sécurité applicables i la Liaison Fixe avec les règles nationales ou internationales en vigueur, les faire appliquer, en suivre l'exécution et faire rapport à la Commission intergouvememementale ;
(c) Pour examiner les rapports concernant tout incident affectant la sécurité dans la Liaison Fixe, procéder à toutes investigations nécessaires et faire rapport à la Commission intergouvernementale.
(2) Le Comité de sécurité entreprend toutes consultations nécessaires avec les Concessionnaires.
(3) En cas d'urgence, le Président du Comité de sécurité ou son délégué prend les mesures nécessaires à la sécurité des personnes et des biens dans la Liaison Fixe. Il rend

compte de toute mesure prise aux deux Gouvernements et à la Commission intergouvemementale.
(4) La composition du Comité de sécurité est fixée d'un commun accord par les deux Gouvernements. Chacun d'entre eux désigne la moitié de ses membres. La présidence du Comité de sécurité est assurée pour une durée d'un an et alternativement par le chef de chaque délégation.
(5) Le Comité de sécurité établit son propre règlement intérieur et le soumet par l'intermédiaire de la Commission intergouvemementale à l'approbation des deux Gouvernements.
(6) Aux fins de sa mission, le Comité de sécurité peut faire appel à la collaboration des administrations de chaque Gouvernement et de tout organisme ou expert de son choix.
(7) Le Comité de sécurité peut, s'il le juge nécessaire, adresser simultanément aux deux Gouvernements le rapport dont il saisit la Commission intergouvernementale.
(8) Les deux Gouvernements accordent au Comité de sécurité et à ses membres et agents les pouvoirs d'investigation, d'inspection et d'instruction nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches.
(9) Les frais de fonctionnement du Comité de sécurité sont pris en charge par les Concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession. Le budget du Comité de sécurité est arrêté par la Commission intergouvemementale après consultation du Comité.

Article 12 Liberté de gestion des Concessionnaires
(1) Les deux Gouvernements garantissent aux Concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaires, la liberté de fixer leur politique commerciale, leurs tarifs et la consistance des services offerts, pendant la durée de la Concession.
(2)' En particulier, les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la Liaison Fixe pendant la durée de la Concession.
(3) Ces dispositions n'excluent cependant pas l'application des règles nationales ou communautaires relatives à la concurrence ou aux abus de position dominante.

Article 13 Obligations des Concessionnaires
La Concession contiendra notamment les dispositions qui mettront en application les principes suivants :

(1) Les Concessionnaires agissent conjointement vis-à-vis des Gouvernements et sont représentés auprès d'eux par un exécutif unique. Ils sont responsables conjointement et solidairement pendant toute la durée de la Concession.
Les Concessionnaires désignent un ou plusieurs maîtres d'oeuvre indépendants pour la construction de la Liaison Fixe.
(2) Les Concessionnaires respectent les stipulations de la Concession, ainsi que les lois et règlements en vigueur dans chacun des deux Etats, et les règles communautaires applicables à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe ; ils respectent les dispositions qui leur sont applicables du présent Traité, et des Protocoles et accords additionnels. Ils n'entreprennent aucune action qui conduirait l'un ou l'autre Etat à manquer à ses obligations internationales.
(3) Les Concessionnaires doivent assurer la continuité et la fluidité du trafic dans la Liaison Fixe dans des conditions satisfaisantes de sécurité et sous réserve des décisions qui peuvent être prises sur le fondement des articles 4, 5, 6, 10 et 11 du présent Traité.
(4) Lors des opérations de construction et d'exploitation de la Liaison Fixe, le Concessionnaire français et le Concessionnaire britannique appliquent le principe du partage égal des charges et des recettes entre eux en tenant compte, en tant que de besoin, des impositions indirectes.
(5) Les Concessionnaires prennent toutes les mesures nécessaires pour prévenir les accidents. Les Concessionnaires sont responsables des dommages causés aux usagers et aux tiers du fait de la construction, de l'existence pu de l'exploitation de la Liaison Fixe conformément au droit applicable sur la partie de la Liaison Fixe où le fait générateur du dommage a eu lieu. Les Concessionnaires se couvrent en permanence par des polices d'assurance ou par d'autres garanties financières à un niveau adéquat, raisonnablement adaptées à chaque nature de risque.
(6) Si la construction de la Liaison Fixe n'est pas conduite à bonne fin ou si son exploitation cesse pour quelque raison que ce soit, les Concessionnaires, à la demande des Gouvernements dans les conditions prévues dans la Concession, et à leurs propres frais, garantissent que les parties de la Liaison Fixe abandonnées ou désaffectées sont enlevées ou présentent les conditions de sécurité satisfaisantes.
Cette disposition ne s'applique pas dans le cas où les Gouvernements agissent de leur propre fait en dehors de motifs de défense nationale, de non-respect des conditions de la Concession par les Concessionnaires ou des pouvoirs exercés en application de l'article

6.
Les deux Etats ne sont pas tenus d'assurer l'achèvement et l'exploitation de la Liaison Fixe.
(7) Les Concessionnaires négocient des accords avec les organismes français et britanniques chargés des télécommunications en vue de l'utilisation par ceux-ci de la Liaison Fixe.

Article 14 Modification de la Concession
Aucune disposition de la Concession n'est modifiée sans l'accord préalable des deux Gouvernements.

Article 15 Indemnisation des Concessionnaires
(1) A la fin de la période de la Concession, aucune indemnité de quelque nature que ce soit n'est due aux Concessionnaires, si elle n'est pas expressément prévue par la Concession.
(2) Les deux Etats s'engagent à ne pas interrompre ou à ne pas mettre un terme à la construction ou & l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires pendant toute la durée de la Concession, sauf pour des raisons de défense nationale, ou en cas de carence des Concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession, ou conformément aux dispositions de l'article 6 du présent Traité. Tout manquement à cet engagement par un Etat ouvrirail droit à indemnisation au profit des Concessionnaires dans les conditions fixées par la Concession et conformément au droit international.
(3) Si un Etat interrompt la construction ou l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires, ou y met un terme, pour des raisons de défense nationale, les Concessionnaires pourront prétendre à une indemnisation dans les conditions prévues par la législation nationale de cet Etat. Dans le cas où la responsabilité des deux Etats est engagée à ce titre et où les Concessionnaires réclament une indemnité aux deux Etats, ils ne pourront pas obtenir de chaque Etat plus de la moitié de l'indemnité payable conformément à la législation nationale de celui-ci.
(4) Chaque Etat supporte la charge de l'indemnisation des Concessionnaires en proportion de sa responsabilité, s'il y a lieu, conformément au droit international.

Article 16 Indemnisation entre Etats

Au cas où l'un des deux Etats interrompt ou met un terme unilatéralement à la construction ou à l'exploitation de la Liaison Fixe par les Concessionnaires avant l'expiration de la Concession, l'autre Etat a droit à une indemnisation. Cette indemnisation est limitée au préjudice direct et certain subi par lui à l'exclusion de tout perte ou dommage indirect ; en particulier, elle exclut toute perte de revenus fiscaux ou d'autres revenus provenant de l'existence ou de l'exploitation de la Liaison Fixe. Aucune indemnité n'est due du fait de l'interruption ou de la cessation de la construction ou de l'exploitation de la Liaison Fixe pour des raisons de défense nationale quand celles-ci sont dans l'intérêt commun des deux Etats.

Article 17 Droits des Etats à la fin de la Concession

Lorsque la Concession prendra fin, soit à la date normale d'expiration, soit antérieurement pour une autre cause, les droits exercés par les Concessionnaires sur la partie de l'ouvrage et des installations immobilières de la Liaison Fixe relevant de la juridiction de chaque Etat feront retour à cet Etat Les autres biens concernant la Liaison Fixe deviendront propriété commune des deux Etats dans les conditions fixées par la Concession. Si les deux Gouvernements décident de continuer d'exploiter en commun la Liaison Fixe, ils le feront à égalité de droits et de charges, y compris en ce qui concerne l'entretien de l'ouvrage et des installations de la Liaison Fixe.

Article 18 Consultations entre les Gouvernements

Les deux Gouvernements se consultent, à la demande de l'un d'entre eux :

(a) Sur toute question relative à l'interprétation ou à l'application de ce Traité ou de la Concession :

(b) Sur les conséquences de toute mesure annoncée ou prise qui pourrait affecter substantiellement la construction ou l'exploitation de la Liaison Fixe ;

(c) Sur toute action envisagée concernant les droits et obligations des Etats découlant du Traité et de la Concession :

(d) Si la Concession prend fin pour quelque cause que ce soit, sur l'utilisation future de la Liaison Fixe, sur l'avenir de son développement et de son exploitation.

Article 19 Arbitrage

(1) Un tribunal arbitral est constitué pour régler :

(a) Les différends entre les deux Etats relatifs à l'interprétation et à l'application du présent Traité qui n'ont pas été résolus dans les trois mois par les consultations prévues à l'article 18 ;

(b) Les différends entre les Gouvernements et les Concessionnaires relatifs à la Concession ;

(c) Les différends entre les Concessionnaires relatifs à l'interprétation et à l'application du Traité.

(2) Le tribunal arbitral est composé dans chaque cas de la façon suivante :

(a) Chacun des Gouvernements nomme un arbitre dans un délai de deux mois suivant la requête d'arbitrage ;

(b) Les deux arbitres, dans les deux mois de la nomination du dernier d'entre eux, désignent d'un commun accord un troisième arbitre ressortissant d'un Etat tiers, qui préside le tribunal arbitral ;

(c) Si l'une des nominations n'a pas été faite dans les délais fixés ci-dessus, une partie peut, en l'absence de tout autre accord, demander au Président de la Cour de Justice des Communautés européennes de procéder aux nominations nécessaires ;

(d) Si te Président de la Cour de Justice des Communautés européennes est un ressortissant de l'un des deux Etats ou si, pour d'autres raisons, il est empêché, les nominations sont demandées aux Présidents de chambre de cette Cour par ordre d'ancienneté ;

(e) Si ces derniers sont ressortissants de l'un des deux Etats ou sont également empêchés, les nominations sont effectuées par le juge de la Cour le plus ancien qui n'est ressortissant d'aucun des deux Etats et qui n'est pas empêché pour d'autres raisons ;

(f) Dans le cas où les Concessionnaires sont parties au litige, ils ont le droit de désigner deux arbitres supplémentaires. Les deux arbitres nommés par les Gouvernements désignent le président du tribunal en accord avec les deux arbitres nommés par les Concessionnaires. A défaut d'un accord dans le délai fixé à l'alinéa (b), le président est désigné selon la procédure prévue aux alinéas (c), (d) et (e) du présent paragraphe. Les

deux arbitres nommés par les Concessionnaires ne prennent pas part à tout ou partie d'une décision relative à l'interprétation ou à l'application du présent Traité.

(3) Le tribunal arbitral décide à la majorité des voix. Les arbitres ne peuvent s'abstenir. Le président du tribunal a voix prépondérante en cas de partage des voix. Le tribunal peut, à 1» requête d'une des parties, interpréter ses propres décisions. Les décisions du tribunal sont définitives et obligatoires pour les parties.
(4) Chaque partie supporte les frais de l'arbitre désigné par elle ou en son nom et partage également les frais du président ; les autres frais de l'arbitrage sont supportés de la manière déterminée par le tribunal.
(5) Pour régler les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du Traité, le tribunal arbitral fait application du Traité et des principes pertinents du droit international.
(6) Pour régler les différends relatifs à la Concession, il est fait application des dispositions pertinentes du Traité et de la Concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais. Il peut, en outre, être fait application des principes pertinents du droit international et, si les parties au différend en sont d'accord, du principe d'équité.

Article 20 Ratification et entrée en rigueur
Le présent Traité est soumis à ratification. Il entrera en vigueur le jour de rechange des instruments de ratification qui aura lieu à Paris.
En foi de quoi, les Plénipotentiaires respectifs ont signé le présent Traité et y ont apposé leurs sceaux.

Fait à Cantorbery, le 12 février 1986, en double exemplaire, chacun en langues française et anglaise, les deux textes faisant également foi.

Pour le Président de la République française : ROLAND DUMAS
Pour Sa Majesté britannique : SIR OEOFFREY HOWE

Annexe 3 -2 : Le contrat de concession Eurotunnel

Sources : site relatif au contrat de concession Eurotunnel www.boursilex.com

Le 14 mars 1986 est signé le contrat de concessionde service public. Sa durée est fixé à 55 ans (cette durée sera prolongée de 10 ans en décembre 1993). Le traité et le contrat de concession ont fait l'objet d'une ratification législative, le 3 février 1987 en Angleterre et le 15 juin 1987 en France. La déclaration d'utilité publique en France est du 6 mai 1987. La concession lie en même temps les deux Etats et les deux sociétés privées, lauréates de l'appel à projet. **Le 14 mars 1986 est signé le contrat de concessionde service public. Sa durée est fixé à 55 ans (cette durée sera prolongée de 10 ans en décembre 1993).**

Le concept de "concession de service public" est un concept classique en France mais qui était inconnu au Royaume Uni. Il sera introduit dans le système juridique anglais par le Traité et sa ratification législative, avec le 21 juillet 1987 le *Channel Tunnel Act* suivi le 23 juillet 1987 du *Royal Assent*

La concession prévoit que tout différend est régi par le Contrat de concession, par les dispositions du traité et ensuite par les dispositions du droit français ou du droit anglais, ainsi que par les principes de droit international et, si les parties en sont d'accord, par l'équité.

Cette concession possède un caractère particulier et ambigu, sinon incohérent. Elle s'analyse comme une concession de travaux et de services publics, soumise au droit international. Elle présente les caractères d'un contrat entre Etats et investisseurs privés. Ceux-ci ne sont pas assimilés à des Etats et la concession n'est pas un traité. En revanche les dispositions du Contrat de concession doivent être interprétés conformément au droit international.

Le contrat de concession est fondé sur la notion française de service public. La concession en question est cependant différente du modèle classique, qui délimite les rapports entre concédant et concessionnaire d'une part et les tiers d'autre part. Ici le concessionnaire a une relation contractuelle avec les usages pour son exploitation directe, et avec un service public (qui sera privatisé en Angleterre), le service ferroviaire, pour l'utilisation qui n'est pas directe.

Le droit international reconnait cette notion de concession de travaux publics (*public works concession*) et de concession de service public (*public service concession*).

Ce droit des concessions est en revanche inconnu du droit anglais, ce qui a exigé une adaptation contractuelle des droits et obligations pour assurer la transposition législative de ces concepts. Il est clair cependant que ce contrat en droit français est un contrat administratif soumis à un régime défini par la jurisprudence des juridictions administratives, base jurisprudentielle qui fait bien entendu défaut au droit anglais.

Le contrat de concession sera concilié avec la loi français par une loi d'approbation en date du 15 juin 1987

EXTRAITS DE LA CONVENTION DE CONCESSION CONCLUE LE 14 MARS 1986

Article 2. Objet et assiette de la concession ; caractéristiques des ouvrages

2.1. Dans les conditions prévues par la présente concession, les concessionnaires ont le droit et l'obligation d'assurer conjointement et solidairement la conception, le financement, la construction et l'exploitation, pendant la durée de la concession, d'une liaison fixe à travers la Manche entre le département du Pas-de-Calais en France et le Comté de Kent en Grande-Bretagne. Les concessionnaires agissent à leurs risques et périls et sans appel à des fonds gouvernementaux ou à des garanties gouvernementales de nature financière ou commerciale, quels que soient les aléas rencontrés durant la concession. Les concédants coordonnent autant que possible leur action afin d'adopter les dispositions législatives et réglementaires et de prendre toute mesure, y compris au niveau international, qui sont nécessaires à la conception, au financement, à la construction et l'exploitation de la liaison fixe par les concessionnaires en conformité avec la concession. Les deux gouvernements garantissent aux concessionnaires, dans le cadre des droits nationaux et communautaires, la liberté de fixer leurs politiques commerciales.

Sous réserve des dispositions de la présente concession, des lois et règlements nationaux et communautaires ainsi que de leurs engagements internationaux, y compris le traité, les concédants n'interviennent pas dans la gestion ou dans l'exploitation de la liaison fixe. Ils prennent toutes les dispositions souhaitables pour réaliser, dans le respect des procédures en la matière, les infrastructures nécessaires à un écoulement satisfaisant du trafic.

2.2. La liaison fixe comprend un double tunnel ferroviaire assorti d'une galerie de service, forés sous la Manche entre Fréthun dans le Pas-de-Calais et Cheriton dans le Kent, ainsi que des aires terminales et installations spécifiques réservées au contrôle de l'accès aux tunnels et de la sortie de ceux-ci et, notamment, aux contrôles frontaliers ; elle inclut également toute autre installation ou extension, notamment destinée au fret, dont les concédants et les concessionnaires conviennent qu'elles feront partie de la liaison fixe. Cette dernière comprend également toutes installations auxiliaires, les raccordements avec les réseaux de transports existants, le matériel et les équipements fixes et mobiles, y compris le matériel roulant nécessaire à une exploitation sûre et efficace par navettes ferroviaires entre les deux terminaux.

2.3. Les concessionnaires sont autorisés à percevoir des péages et redevances pour le passage et pour l'exploitation des installations annexes pendant la durée de la concession. Les concessionnaires s'engagent à supporter toutes les charges qui leur incombent au titre de la présente concession.

2.4. Les caractéristiques générales de la liaison fixe et les normes applicables à sa construction et à son exploitation sont fixées à l'annexe I.

Article 6. Maître d'oeuvre indépendant

6.1. Les concessionnaires désignent à leurs frais un ou plusieurs maîtres d'oeuvre _ « le Maître d'oeuvre » _ qui sont réputés avoir été agréés par la Commission intergouvernementale à moins qu'une objection motivée ne soit formulée par cette dernière dans un délai de quinze

jours à compter de la notification de l'identité du maître d'oeuvre. Celui-ci est chargé d'une mission permanente d'expertise et de contrôle des travaux réalisés ou en cours de réalisation, du contrôle de la conformité desdits ouvrages aux stipulations de la concession et aux règles de l'art. Il veille au respect des contrats de construction, des délais et des coûts.

Tous projets soumis à la Commission intergouvernementale dans les conditions prévues à l'article 7 doit être accompagné de l'avis du maître d'oeuvre. La Commission intergouvernementale peut également le consulter sur toute question mentionnée à l'article 9. Elle en informe simultanément les concessionnaires par écrit. Ceux-ci peuvent formuler préalablement leurs observations sur tous rapports et informations fournis par le maître d'oeuvre à la Commission intergouvernementale.

6.2. La mission de cet organisme au titre du présent article prend fin lors du récolement des travaux.

Article 12. Tarifs et politique commerciale

12.1. Les concessionnaires peuvent fixer librement leurs tarifs, leur politique commerciale et la consistance des services offerts. En particulier, les lois et règlements relatifs au contrôle des prix et des tarifs par les pouvoirs publics ne s'appliquent pas à la liaison fixe.

12.2. Les concessionnaires doivent réserver aux divers usagers un traitement sans discrimination, notamment en ce qui concerne leur nationalité ou le sens de circulation. Ils peuvent toutefois pratiquer une modulation des tarifs conforme à des pratiques commerciales normales.

12.3. Sous réserve des règles communautaires concernant la T.V.A. et de l'approbation par le Conseil des ministres des Communautés européennes d'un projet de directive que la commission lui a présenté, les péages sont soumis, par application du principe d'égalité de traitement fiscal entre les usagers des modes de transport en concurrence sur la Manche, à la taxe sur la valeur ajoutée au taux applicable aux transports internationaux (taux zéro avec remboursement de la taxe en amont). Dans le cas où le régime de la T.V.A. applicable aux transports internationaux serait ultérieurement modifié, les usagers de la liaison fixe continueraient à bénéficier du principe de l'égalité de traitement fiscal.

12.4. Les concessionnaires publient leurs tarifs dans les conditions approuvées par la Commission intergouvernementale. Ils notifient à la commission les tarifs et toute modification de ces tarifs au moins quinze jours avant l'entrée en vigueur.

12.5. Les concessionnaires peuvent conclure avec les usagers importants des accords particuliers. La Commission intergouvernementale peut se faire communiquer toute information à ce sujet.

12.6. Sous réserve des dispositions de l'article 28, l'usage de la liaison fixe à titre gratuit est interdit.

12.7. Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'application des règles nationales et communautaires relatives à la concurrence et aux abus de position dominante.

Article 18. Organisation des concessionnaires

18.1. Les concessionnaires constituent un organe commun formé par les représentants désignés par chacun d'eux. Cet organe comprend un nombre en principe égal de représentants nommés par chacun des concessionnaires.

18.2. Il a notamment pour mission de :

- Coordonner l'ensemble des études et travaux de construction ;

- Coordonner l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage ;

- Représenter les concessionnaires auprès de la Commission intergourvernementale pour tout ce qui touche à la conception, à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe.

18.3. Les concessionnaires s'engagent à prendre toutes dispositions utiles pour que leurs litiges d'ordre commercial ne portent pas préjudice à l'exécution de la concession.

Article 19. Répartition des dépenses et recettes

19.1. Les concessionnaires appliquent le principe du partage égal entre l'entreprise britannique et l'entreprise française du prix de revient, de toutes les dépenses et de toutes les recettes de la liaison fixe tant pendant la durée de la construction que pendant l'exploitation.

A cet effet, les conséquences de toute imposition indirecte frappant la fourniture des biens ou des services et effectivement supportée par une entreprise sont comprises dans le calcul des coûts à partager.

19.2. Tout paiement d'égalisation effectué entre l'entreprise française et l'entreprise britannique est traité comme une dépense d'immobilisation ou comme un paiement de revenu dans les conditions fixées par la législation fiscale des deux Etats.

Article 20. Solidarité des concessionnaires vis-à-vis des Etats

Les concessionnaires assument conjointement et solidairement vis-à-vis des Etats concédants les engagements de la concession.

Article 21. Responsabilité à l'égard des usagers et des tiers

21.1. Les concessionnaires sont seuls responsables vis-à-vis des concédants des dommages causés aux utilisateurs de la liaison fixe, ou à des tiers, qui pourraient résulter de sa construction ou de son exploitation. Ils ne peuvent exercer d'action contre les concédants à raison de ces dommages. Ils doivent garantir les concédants contre toute condamnation susceptible d'être prononcée à leur encontre pour de tels dommages.

21.2. Les dispositions du paragraphe 21.1 ne s'appliquent pas en ce qui concerne les dommages imputables à une faute grave et caractérisée des concédants ou de l'un d'entre eux. Dans ce cas, la responsabilité du ou des concédants peut être recherchée par les concessionnaires.

21.3. Les concédants et les concessionnaires s'informent mutuellement dès qu'il en ont connaissance, de toute réclamation ou procédure diligentée à leur encontre ou susceptible de

l'être, et de nature à porter préjudice à l'autre partie. Ils s'accordent raisonnablement assistance dans leur défense contre de telles réclamations ou procédures.

21.4. Aucune réclamation ou procédure mentionnée dans le présent article ne peut faire l'objet d'une transaction sans l'accord préalable et écrit des parties qui pourraient être tenues à une indemnisation.

21.5. Pour les besoins de cet article, l'expression « les concédants » désigne toute personne ou organisme agissant pour le compte des concédants, et notamment la Commission intergouvernementale et le Comité de sécurité.

Article 31 Cession et sûretés

31.1. Chacun des Concessionnaires a la faculté, dans un acte soumis au droit français ou anglais, de transférer la présente Concession ou les droits qu'elle lui confère, avec l'accord des Concédants, à une entité quelconque.

31.2. Pour les besoins du financement de la construction ou de l'exploitation de la Liaison Fixe, chacun des Concessionnaires a la faculté, par un acte soumis au droit français ou anglais et avec l'accord écrit du Concédant concerné, de constituer toute sûreté sur la Concession ou sur les biens mobiliers et droits - y compris de propriété intellectuelle - qui s'y rapportent.

31.3 Le détenteur d'une sûreté constituée en vertu du 31.2 est en droit, sous réserve de tout accord requis en vertu du 31.1., de l'exécuter au Royaume Uni ou en France, selon le cas, conformément au droit de ce pays. Cette exécution ne droit pas affecter les obligations des Concessionnaires aux termes de la présente Concession en ce qui concerne la poursuite du projet ou son exploitation.

31.4 Les Concessionnaires ne peuvent ni céder la Concession ou les droits qui en découlent, ni constituer une sûreté sur la Concession ou sur les biens mobiliers ou sur les droits - y compris de propriété intellectuelle- qui en découlent, à l'exception des cas visés au 31.1. et 31.2.

Article 32 Dispositions relatives aux Prêteurs

32.1. *Substitution*

32.1.1. A la survenance de l'un des évènements visés à l'annexe IV, pour autant que ses effets se poursuivent, ou de toute action ou intention qui pourrait conduire à la résiliation de la Concession, deux Entités juridiques, l'une française, l'autre anglaise ("les Entités substituées") , contrôlées par les Prêteurs, finançant la construction et l'exploitation de la Liaison Fixe '"les Prêteurs") seront , à l'option de ces Prêteurs et dans les conditions ci-après, simultanément substituées par les Concédants aux Concessionnaires initiaux : les Entités Substituées doivent justifier aux Concédants, lors de la substitution, qu'elles présentent une capacité financière et technique suffisante pour poursuivre la Concession

32.1.2. Les Prêteurs doivent disposer d'un délai raisonnable pour invoquer le bénéfice de la substitution.

Les Prêteurs ou les Entités Substitutées notifient leur intention aux Concédants et fournissent à cette occasion des éléments d'information permettant aux Concédants des vérifier que les conditions du 32.1.1 sont remplies

Faute pour les Concédants d'avoir dans les deux mois de la notification indiqué que les dites conditions ne sont pas remplies, ils sont réputés avoir confirmé la substitution des Entités Substituées aux Concessionnaires initiaux.

32.1.3 A compter de la confirmation expresse ou tacite de la substitution par les Concédants, les Entités Substituées jouissent de l'ensemble des droits et assument l'ensemble des obligations prévues par la présente Concession - y compris des droits et obligations résultant des baux prévus à l'annexe II - envers les Concédants aux lieu et place des Concessionnaires initiaux.

A cet effet, la substitution emporte la dévolution aux Entités Substitutées, et pour toute la durée de la substitution, des biens et droits mobliers nécessaires à la construction et à l'exploitation de la Liaison Fixe et des droits de propriété intellectuelle.

Les Concédants donnent à cette substitution son plein effet en toutes circonstances pour autant que les conditions posées au 31.1.1 soient remplies.

32.1.4. Il est expressément convenu entre les parties que les principes définis à l'annexe IV sont précisés en tant que de besoin et au plus tard lors de la ratification du Traité

32.1.5 Si l'un des évènements décrits à l'annexe IV survient postérieurement à la substitution, les Entités Substituées peuvent à tout moment abandonner la Concession sans pénalité, par notification aux Concédants et aux Prêteurs : elles restent liées cependant par l'article 39.

32.1.6. Après paiement de tous les montants en principal, intérêts et autres restant dus aux Prêteurs au titre de leurs financements, la Concession est retransférée aux Concessionnaires initiaux ou à toute autre personne venant à leurs droits, dans des conditions similaires, *mutatis mutandis* , à celles énoncées au 32.1.1 , deuxième alinéa, 32.1.2. deuxième et troisième alinéas et 32.1.3 pour la mise en jeu de la substitution. Les autres dispositions prévues à l'article 32.1.3. ne s'appliquent pas. Dans ce but, les Prêteurs notifient aux Concédants leur intention que soit mis fin à la substitution.

32.1. Nouvelle concession

32.1.1. Si , pour une raison quelconque, la Concession est résiliée et que les Entités Subsituées ne sont pas mises en mesure de bénéficier de la substitution pour une raison autre que la non-satisfaction des conditions visées au 32.1.1., les dispositions suivantes s'appliquent sans préjudice des autres droits des Prêteurs;

a) Sauf si le droit communautaire leur en fait obligation, les Concédants s'engagent à ne pas offrir la Concession à un tiers à quelque condition que ce soit, sans l'avoir au préalable offerte à des conditions similaires aux Entités substituées qui ne l'auraient pas acceptée après avoir bénéficié d'un délai d'examen raisonnablement fixé: dans un tel cas, les Concédants mettront à la disposition des Entités Substituées les biens et droits qui leur sont revenus en vertu de l'article 39.2 et qui sont nécessaires à la nouvelle concession.

b) Si les Concédants décident d'accorder une nouvelle concession et que le droit communautaire applicable prive les Entités Substituées du bénéfice des dispositions du paragraphe *a)* ci-dessus, les Prêteurs sont fondés à recevoir sur les recettes nettes dégagées par le projet, des remboursements à due concurrence de leurs créances, sur une base définie par la nouvelle concession et convenue entre les Prêteurs et les nouveaux concessionnaires en vue de permettre la poursuite du Projet.

32.2.2 Si les Prêteurs n'ont exercé ni la faculté de substitution ni le droit prévu au 32.2.1. *a)* la nouvelle concession prendra fin lorsque sera intervenu le paiement de tous les montants en principal, intérêts et autres dûs aux Prêteurs au titre de leurs financements.

32.3. Poursuite par les Concédants

Les Concédants n'ont pas l'intention de poursuivre le Projet en cas de résiliation. Cependant, dans l'éventualité contraire, les Prêteurs peuvent prétendre à recevoir des Concédants, à concurrence de ce qui leur est dû, tels paiements appropriés convenus entre eux, en tenant compte de toutes les circonstances qui conviennent et notamment des avantages fianciers et des coûts résultant pour les Concédants de la poursuite du Projet.

Article 39. Conséquences de la fin de la concession

39.1. Arrivée à son terme, qu'elle qu'en soit la cause, la concession cesse d'avoir tout effet, sans préjudice de tous droits antérieurement acquis entre les parties. Les dispositions des articles 30, 32, 33 et des titres V et VI continuent néanmoins à s'appliquer.

39.2. En ce qui concerne les biens et sans préjudice du droit éventuel à indemnité des concessionnaires :

- D'une part en France, l'ensemble des biens immobiliers faisant partie du domaine public fait retour gratuitement à l'Etat. Au Royaume-Uni, le bail consenti par le ministre britannique conformément à l'annexe II expire ;

- D'autre part, l'ensemble des biens et droits mobiliers et des droits de propriété intellectuelle des concessionnaires qui sont nécessaires à la poursuite normale de la construction ou de l'exploitation de la liaison fixe est transféré gratuitement aux concédants, libre de toute charge, à l'exception toutefois des sûretés constituées conformément à l'article 31.2.

39.3. Ces biens tels qu'indiqués à l'article 39.2 doivent être restitués en bon état de fonctionnement et d'entretien. A cet effet, les concédants peuvent exiger la constitution de garanties financières adéquates dans les cinq années précédant le terme de la concession.

39.4. Au terme de la concession, excepté dans les cas visés aux articles 3.2, 36 et 38, les concessionnaires doivent, sur demande éventuelle des concédants concernés, s'assurer :

a) Que l'emprise terrestre de la liaison fixe est remise dans son état initial ou mise en état de servir à l'usage que les ministres compétents estiment approprié sans impliquer nécessairement un rétablissement du niveau initial du terrain si la construction de la liaison fixe n'a pas été achevée de manière satisfaisante ;

b) Que toutes les installations et travaux réalisés au-dessus des lignes de basses eaux présentent des conditions de sécurité satisfaisantes.

Les conditions et les délais de ces travaux sont fixés par les concédants concernés.

39.5. En cas de défaillance des concessionnaires dans l'accomplisement des obligations édictées par le présent article, le concédant concerné peut faire exécuter les travaux correspondants et en recouvrer le coût sur les concessionnaires.

39.6. Il est rappelé que, au terme de la concession qu'elle qu'en soit la cause, les deux Etats ne sont pas tenus d'assurer la construction et l'exploitation de la liaison fixe.

Article 40. Règlement des différends

40.1. A la demande de l'une quelconque des parties, tout différend relatif à l'application de la concession survenant entre les concessionnaires ou l'un d'entre eux, doit être soumis à un tribunal arbitral, conformément aux dispositions de l'article 19 du traité.

40.2. Les différends entre les concessionnaires relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité doivent, à la demande de l'un d'entre eux, être soumis à l'arbitrage, conformément aux dispositions de l'article 19 du traité.

40.3. L'arbitrage visé dans le présent article est conduit selon la procédure définie dans un protocole ou autre accord additionnel au traité.

40.4. Conformément à l'article 19.6 du traité, pour régler les différends relatifs à la concession il est fait application des dispositions pertinentes du traité et de la concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français ou de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques de droit français ou de droit anglais. Il peut, en outre, être fait application des principes pertinents du droit international et, si les parties en sont d'accord, du principe d'équité.

ANNEXE IV EVENEMENTS VISES A L'ARTICLE 32 POUR LA MISE EN OEUVRE DE LA SUBSTITUTION

1. Non paiement dans un délai de grâce prévu de toute somme exigible aux termes des contrats financiers

2. Il apparait, sur la base de données objectives, que les concessionnaires n'ont pas à leur disposition et ne peuvent se procurer les ressources suffisantes pour financer les coûts prévisionnels de construction ou d'exploitation de la Liaison Fixe, ainsi que les coûts financiers y afférents

3. Il apparait , sur la base de données objectives, que la date d'extinction totale de la créance des prêteurs finançant la construction et l'exploitation de la Liasion Fixe ("les Prêteurs") doit être reporté de manière importante

4. Abandon du Projet, cessation de paiement, liquidation, exercice de sûreté par d'autres créanciers ou évènements similaires.

Annexe 4 : Contrats types de société en participation

4-1 de production



CONTRAT DE SOCIETE EN PARTICIPATION

Entre les soussignés :

Raison sociale de l'entreprise : N° Siret :

N° de Licence

Siège social :

Téléphone

Représenté par : Qualité

ET

Raison sociale de l'entreprise

N° Siret :

Siège social :

Téléphone :

Représenté par : Qualité

Il est convenu et arrêté ce qui suit :

Article 1 : Constitution

Il est, par les présentes, constitué entre les parties susnommées une Société en Participation, soumise aux dispositions légales et au présent contrat. Cette société ne sera pas immatriculée et sera donc dépourvue de personnalité morale.

Article 2 : Objet

Cette société a pour objet la production et l'exploitation du spectacle suivant :

Titre de l'ouvrage :
Auteur :
Adaptateur :
Metteur en scène ou chorégraphe :

Le spectacle sera répété du ( ) au ( ), à (Lieu). Il sera créé le ( ) à ( ). Il sera ensuite exploité à (Lieu) du ( ) au ( ).

Article 3 : Durée

La présente société prendra effet à la signature du présent contrat et prendra fin avec l'accord de l'ensemble des parties à l'issue de la dernière période d'exploitation du spectacle, soit le ( ), sauf décision de prorogation prise à l'unanimité des associés.

Article 4 : Siège - Dénomination – Capital

La Société en Participation n'aura ni siège social, ni dénomination, ni capital.

Article 5 : Gérance

Le contractant (Nom d'un associé) est désigné comme chef de file principal de la Société en Participation. Le chef de file assume la responsabilité artistique du spectacle et s'engage à être en possession des droits de représentation de la pièce, objet du présent contrat. Le chef de file aura tout pouvoir pour réaliser l'objet de cette société, prendra toute mesure concernant son activité sociale et sera seul habilité à signer des contrats et passer des commandes envers les tiers, dans la limite du budget qui fera l'objet d'un avenant au présent contrat.

Il appartient au gérant :
de rédiger le budget de la société, d'en suivre l'administration et l'exécution ;

- de veiller à l'organisation technique de la production ;
- de centraliser l'ensemble des dépenses et recettes inhérentes au budget de la production ;

- de transmettre à ses associés toutes les informations concernant l'évolution de la production et des budgets correspondants. Il conservera en son siège social tous les éléments et comptes de la production et en autorisera, à tout moment, l'examen par ses associés.

Les associés peuvent considérer qu'un certain nombre de décisions excédant les pouvoirs du gérant devront être prises à l'unanimité, à savoir :

- le dépassement global de plus de X% du budget prévisionnel ;
- l'affectation de tout ou partie de bénéfices lors des arrêtés provisoires de comptes ;
- autres décisions éventuelles.

Article 6 : Apports

Les apports fait à la Société sont les suivants :

Forme de l'apport

Description Montant ou évaluation

Apports en numéraire

Gérant :

Associés :

Apports en nature

Gérant :

Associés :

Apports en industrie

Gérant :

Associés :

Valeur totale des apports :

Les apports des associés sont fixes et invariables, à l'exception de ceux correspondants à des subventions ou aides sollicitées par les associés pour le spectacle.

L'accueil du spectacle chez les associés fera l'objet d'un contrat de coréalisation entre le gérant de la Société en Participation, objet du présent contrat et l'associé recevant le spectacle. Les recettes de billetterie seront distribuées conformément aux règles de répartition prévues au présent contrat.

Article 7 : Répartition des parts

La société est dépourvue de capital. Les associés décident et conviennent entre eux que la masse des apports qu'ils ont fait à la société est divisée en (nombre) de parts d'une valeur nominale de (montant) ?.

Les parts sont réparties de la manière suivante :

Nombre de parts :

Gérant : x%

Associé : x%

Total : 100%

Aucun des associés ne pourra céder tout ou partie de ses parts sans le consentement exprès écrit de tous les autres. Leur décision n'aura pas à être motivée.

Article 8 : Budget

Le budget prévisionnel de production et d'exploitation jusqu 'à la date du ( ) est évalué à ( ) HT. Il fera l'objet d'un avenant au présent contrat et devra être daté et signé par les parties.

Article 9 : Charges de la société

Toutes les charges détaillées au budget prévisionnel seront assumées par les associés proportionnellement à leurs parts et acquittées au fur et à mesure par le gérant. Afin de financer ces charges, les associés s'engagent à respecter le calendrier des versements des apports en numéraire, qui fera l'objet d'un avenant au présent contrat. Les sommes seront déposées, sous la responsabilité du gérant, sur un compte bancaire spécial, ouvert au nom de : (Nom du titulaire du compte).

Article 10 : Produits de la Société

Les produits de la Société seront constitués par :
les recettes provenant de la vente des billets aux entrées ;

- les recettes provenant des contrats de coréalisation ;
- les recettes provenant des contrats de cession des droits d'exploitation ;
- les recettes diverses liées à l'exploitation du spectacle ;
- les autres recettes éventuelles.

Les recettes seront déposées, sous la responsabilité du gérant, sur le compte bancaire spécial ouvert au nom de (Nom du titulaire du compte).

Article 11 : Comptabilité

Le gérant s'engage à tenir une comptabilité précise et détaillée des produits et des charges de la société. Les associés auront la possibilité d'examiner cette comptabilité eux-mêmes ou de la faire examiner par toute personne de leur choix, à leur propre frais, à tout moment et sans préavis. Rien ne s'opposera à ce qu'ils puissent accéder librement à la caisse. Les contrôles qu'ils estiment nécessaires pourront être effectués dans tous les lieux d'exploitation du spectacle. Tout document demandé aux personnes chargées de la vente du spectacle devra leur être communiqué.

Dans l'hypothèse où les contrôles révèleraient un manquement du gérant quant à ses obligations, il serait de plein droit redevable de leur coût. En cas de dissimilation de recettes, il devra restituer le montant dû, majoré des intérêts de retard. En cas de dépassement du budget de plus de x% non préalablement soumis aux autres associés, le surcroît restera à la charge du gérant.

Article 12 : Arrêtés provisoires des comptes

Des arrêtés provisoires des comptes seront réalisés pendant la durée de la société. Il conviendra aux associés d'en définir la périodicité. Chaque arrêté provisoire déterminera le bénéfice ou la perte pour la période considérée. En cas de bénéfice, le gérant acquittera immédiatement aux associés leurs parts leur revenant au prorata du nombre de leurs parts. En cas de perte, l'associé supportera sa part au prorata du nombre de ses parts.

Article 13 : Répartition des bénéfices et pertes

Les comptes définitifs de la Société en Participation seront arrêtés et réglés 1 mois au plus tard après la dernière représentation du spectacle. Le montant de la part de chaque associé dans les bénéfices ou les pertes sera fixé proportionnellement au nombre de leurs parts. Un procès verbal de liquidation constitué par l'arrêté définitif des comptes sera établi et signé par les associés.
Les biens acquis durant la vie sociale de la société seront partagés selon les règles du partage des successions.

Article 14 : Information – Publicité

Les associés devront faire figurer, sur tout le matériel d'information et de publicité concernant la création ou l'exploitation du spectacle, les mentions suivantes :(énumérations des mentions)

Article 15 : Attribution de compétences

En cas de litige portant sur l'interprétation ou l'application du présent contrat, les parties conviennent de s'en remettre à l'appréciation des tribunaux compétents et la ville de (Nom).

Fait à , Le

En ( ) exemplaires
Le Gérant Les associés

Nombre de mots rayés
Nombre de mots nuls

Chaque contrat doit être paraphé par les 2 parties

4-2 entre vétérinaires

SOCIÉTES EN PARTICIPATION (Modèle)
(et SOCIÉTÉ CRÉÉES DE FAIT)

LES SOUSSIGNES

1. Monsieur André B…..

Docteur Vétérinaire. né le ….. à ….. de nationalité française
inscrit au Tableau de l'Ordre de ….. sous le n° …..
marié le ….. à ….. avec Madame Ernestine Z…..
sous le régime de la séparation de biens
selon le contrat établi le …..
par devant Maître ….. notaire à …..
régime non modifié depuis …..
demeurant à ….. exerçant à …..

2. Monsieur Alain X…..,

Docteur Vétérinaire, né le ….. à ….. de nationalité française
inscrit au Tableau de l'Ordre de sous le n° …..
marié sous le régime de la communauté légale
avec Madame Sylvie Y….. le …..
régime non modifié depuis …..
demeurant à ….. exerçant à …..
Aux présentes est intervenue Madame Sylvie Y….. épouse commune en biens de Monsieur Alain X….., apporteur de biens dépendant de la communauté, laquelle déclare avoir été préalablement informée du projet d'apport fait par son époux à la présente société, et avoir pris connaissance des présentes.

En conséquence, elle déclare avoir parfaite connaissance des dispositions des articles 1832-2 et 1424 du Code Civil et donner son consentement à cet apport en renonçant à revendiquer la qualité d'associée, entendant que seul son mari ait cette qualité pour la totalité des parts souscrites.

3. Madame Corinne Z…..

Docteur Vétérinaire, née le ….. à ……... de nationalité ....
inscrite au Tableau de l'Ordre de …..
célibataire demeurant à ……... exerçant à ....

Article 1er – Forme

Les soussignés décident de constituer entre eux une société en participation qui sera régie par les dispositions du Code Civil relatives aux sociétés en participation, par les

dispositions de la loi 90-1258 du 31/12/90, par les dispositions du Code de Déontologie et par les présents statuts.

Article 2 – Objet

La société a pour objet l'exercice en commun par les soussignés de leur profession de vétérinaires, en vue d'améliorer les conditions d'exercice de leur activité professionnelle, grâce à une organisation permettant l'aménagement de leurs horaires de travail et une concertation permanente, en leur donnant la possibilité de perfectionner leurs connaissances, tout en assurant la continuité des soins et l'amélioration des services rendus à la clientèle.

Article 3 – Dénomination

La société est dénommée B X Z Docteurs Vétérinaires.

Article 4 – Durée

La durée de la société est de ….. ans sauf dissolution anticipée ou prorogation à compter du …..

Elle se renouvelle par tacite reconduction, pour une durée égale, sauf préavis donné par l'une ou l'autre des parties, six mois avant l'expiration des conventions, à moins d'un accord unanime des soussignés.

Il pourra être mis fin par anticipation aux présentes conventions.
ou :

La durée de la société est illimitée.

Article 5 - Domicile professionnel

La société n'ayant pas la personnalité morale, elle ne dispose pas d'un siège social. Le domicile professionnel administratif des associés correspond à leur domicile professionnel d'exercice sis à ...., lieu principal d'exercice de leur activité.

Le domicile professionnel d'exercice des associés pourra être transféré en tout autre endroit par décision des associés, après en avoir informé le Conseil Régional de l'Ordre.

Article 6 – Apports

La société en participation, n'ayant pas la personnalité morale, ne possède pas de patrimoine.
Sur le plan du droit civil, les apports effectués ne peuvent être que des apports en jouissance et les éléments apportés sont estimés à une fraction de leur valeur en pleine propriété.

En revanche, l'administration fiscale reconnaît aux termes de l'article 238 bis M. du C.G.I., l'existence d'un actif fiscal de la société en participation où les éléments sont considérés pour leur valeur en pleine propriété.

1. Apport en nature

Monsieur X apporte en jouissance à la société :
- la totalité des éléments corporels et incorporels qu'il possède composant le cabinet vétérinaire sis et exploité à…… et notamment le droit pour la société de se présenter comme son successeur à la clientèle.

- les objets mobiliers, les matériels et les outillages à usage professionnel dont le détail figure en annexe,

- le droit à la jouissance des locaux résultant du bail
Monsieur Y apporte en jouissance à la société :
- tous les droits etc...

2. Apports en numéraire. S'il y en a, ces apports seront mentionnés.

Article 7 - Apports en industrie

Chaque associé apporte à la société ….. son travail, sa notoriété, ainsi que ses connaissances techniques et professionnelles pour l'exercice de la profession vétérinaire.
Éventuellement il peut être précisé que, dans l'ordre intérieur, et pour la commodité des apports entre associés, il est attribué à chacun des associés des parts d'industrie représentatives des apports réalisés par chacun à savoir :
- Monsieur B ....parts
- Monsieur X ....parts
- Monsieur Z ....parts

Article 8 - Droits sociaux – parts

La société ne possède pas de capital, néanmoins pour des raisons pratiques les associés conviennent d'un commun accord que la masse des apports ci-dessus constatés soient divisés en ….. parts, d'une valeur nominale de …..€
Ces parts sont réparties entre les associés proportionnellement à leurs droits dans la société, à savoir :

- B….. %

- X….. %
- Z….. %

Ces parts ou droits ne peuvent être représentés par des titres négociables.

Article 9 - Répartition des résultats

Les produits nets de l’exercice. tels que constatés après déduction de tous frais généraux et d’autres charges sociales supportés par la société pour les besoins ou à l’occasion de son activité professionnelle, ainsi que de tous amortissements de l’actif social et de toutes provisions. constituent le résultat net.
Ce résultat sera réparti entre les associés dans les proportions suivantes :

- B….. %

- X….. %
- Z….. %

Article 9 - Charges communes

Les charges communes seront supportées par l’ensemble des associés.
Les charges communes comprennent tous les frais nécessaires à l’exercice de la profession et à la gestion du (des) domicile(s) professionnel(s) d'exercice, notamment :
(en dresser la liste)

Article 10 - Répartition des résultats

Les produits nets de l'exercice tels que constatés après déduction de tous frais généraux et d'autres charges sociales supportés par la société pour les besoins ou à l'occasion de son activité professionnelle, ainsi que de tous amortissement de l'actif social et de toutes provisions, constituent le résultat net.
Ce résultat sera réparti entre les associés dans les proportions suivantes :

- B….. %

- X….. %
- Z….. %

Article 11 – Gérance

L’administration de l’association est confié à chacun des associés.
Toutefois, les associés peuvent désigner un ou plusieurs mandataires communs, chargés de les représenter vis-à-vis des tiers, d’assurer la gestion du cabinet, ou de prendre les décisions.

Les mandataires ainsi désignés ne recevront aucune rémunération en règlement de ces fonctions.

Article 12 - Comptes sociaux

Il est tenu sous la responsabilité de la gérance des écritures régulières des opérations de la société.

Chaque associé peut à tout moment prendre par lui-même connaissance des documents et registres.

Article 13 - Décisions collectives, tenue d'assemblées

Les associés se réunissent une fois par (mois,...)
Lors de ces réunions, ils prennent des décisions collectives concernant l'administration de la société.

Les décisions d'investissement pour lesquelles une majorité de trois quarts est requise, sont prises lors de ces réunions.

Les associés déterminent d'un commun accord, dans un règlement intérieur, les dates et périodes de leurs vacances respectives.

Article 14 - Absences - Remplacements - Incapacité d'exercer

En cas d'absence de courte durée pour raison de convenance personnelle, les associés procéderont, autant que faire ce peut, par échange de jours de congés. Ils auront dans tous les cas le souci que le fonctionnement de l'établissement et le service apporté aux clients ne souffrent pas des modifications apportées.

En cas de maladie ou pour toute autre circonstance imprévisible et soudaine mettant un associé dans l'impossibilité d'exercer son activité au sein de la société :
- les droits de l'associé défaillant dans la répartition des bénéfices ne seront pas modifiés pendant les 30 premiers jours d'absence.
- à partir du 31ème jour d'absence, la quote-part de l'associé défaillant sera minorée d'une somme forfaitaire par jour d'absence. Cette somme forfaitaire sera définie une fois par an en assemblée générale.

Les sommes correspondant à la minoration de la quote-part de l'associé défaillant serviront à la rémunération par la société d'un assistant pendant la période d'absence, ou seront redistribuées entre les associés non défaillants à cette période.
Si l'absence totale atteint ou dépasse un an, les autres associés peuvent demander le retrait de l'associé défaillant.

Les dispositions relatives à l'incapacité d'exercice s'appliqueront en cas de décès d'un associé, jusqu'à cession de ses droits dans la limite d'un an.

Article 15 - Cession – Retrait

A. - Cession entre associés

Les droits sociaux sont librement cessibles entre associés.
Toute convention par laquelle un associé cède ses droits à un ou plusieurs associés, ou

à la société, est portée à la connaissance du Conseil régional de l'Ordre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

B. - Cession à des tiers non associés.

Les droits sociaux ne peuvent être cédés à des vétérinaires étrangers à la société qu'avec l'agrément préalable de celle-ci, acquis à l'unanimité des associés.
Dans les deux mois suivant la notification faite à elle du projet de cession, la société signifie dans les mêmes formes son consentement exprès à la cession. Si dans le même délai l'association n'a pas fait connaître sa décision, elle est réputée avoir tacitement consenti.
Dans le cas où la société refuse de consentir à la cession, elle dispose d'un délai de six mois à compter de la notification de son refus pour notifier au cédant un projet de cession ou de rachat qui constitue engagement du cessionnaire ou de la société acquéreur.
Les cessions à titre gratuit de droits sociaux sont effectuées dans les mêmes conditions.

C. – Retrait volontaire

Lorsqu'un associé le demande, la société est tenue soit de faire acquérir ses droits par d'autres associés ou des tiers, soit de les acquérir elle-même.
La cession ou le rachat des droits de l'associé qui use de cette faculté s'opère comme en cas de refus d'agrément par la société d'un cessionnaire non associé. Le délai de six mois imparti à la société commence à courir du jour de la notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui lui est faite de cette demande de retrait.

D. - Retrait forcé.

L'associé démissionnaire incapable ou exclu de la société dispose d'un délai de six mois pour céder ses droits.A l'expiration du délai, il est procédé le cas échéant à la cession ou au rachat selon les modalités prévues en cas de refus d'agrément par la société d'un cessionnaire non associé.

E - En cas de décès.

Dans les six mois suivant le décès d'un associé, ses ayants droit peuvent notifier à la société un projet de cession des droits de leur auteur ou solliciter l'attribution préférentielle au profit de l'un ou plusieurs d'entre eux s'ils réunissent les conditions requises.
A défaut de cession ou de consentement à l'attribution préférentielle, la société dispose d'une année pour acquérir ou faire acquérir les droits.

Article 16 - Obligations de l'associé sortant

Tout associé qui aura cessé de faire partie de la société pour une cause quelconque, telle que cession totale de ses droits, retrait, interdiction, ou pour toute autre cause, s'interdit expressément d'exercer la médecine vétérinaire ou d'apporter son concours à un établissement s'occupant de médecine vétérinaire dans un rayon de 25 kilomètres et pendant une durée de deux ans.*Pour les soins des animaux de compagnie et du sport la distance minimale est réduite à trois kilomètres, si le cabinet quitté se trouve dans une agglomération de plus de cent mille habitants.* Par la suite, il s'interdit de faire quelque démarche que ce soit pour faciliter, même par personne interposée, l'installation d'un autre vétérinaire dans la même région et pour la même durée. Cette disposition ne s'applique pas si le vétérinaire sortant renonce à toute indemnité autre que le remboursement correspondant à la quote-part des droits qu'il aurait sur la valeur des acquêts communs mobiliers, matériel et agencement.

Article 17- Terme

L'arrivée du terme ci-dessus par les parties entraînera, sauf prorogation conventionnelle de celui-ci, la dissolution de la société, chacun reprenant sa pleine et entière liberté. Les acquêts seront partagés en fonction des droits de chacun.

Article 18 – Dissolution

La cession de ses droits par un associé, son retrait, sa démission, son décès, n'entraîne pas dissolution de la société qui se poursuit entre les associés subsistant ou entre les associés et les cessionnaires de ses droits.
La transformation n'entraîne pas dissolution de la société.
Si, pour quelque motif que ce soit il ne subsiste qu'un associé, celui-ci peut dans la délai d'un an régulariser la situation en cédant à une personne physique remplissant les conditions requises pour exercer la profession vétérinaire.
Il peut être mis fin à l'association par décision unanime des associés.
Après règlement du passif, le partage du boni de liquidation est fait dans la proportion déterminée comme en matière de partage des résultats.

Article 19 - Arbitrage ou conciliation

- **Conciliation**

En cas de différend entre les associés, ceux-ci s'engagent à demander, conformément au code de déontologie, une conciliation au Président du Conseil Régional de l'Ordre avant de faire appel à l'arbitrage.

- **Arbitrage**

Tout différend persistant concernant l'interprétation ou l'exécution des présentes conventions d'exercice en commun sera soumis à arbitrage.
Un compromis déterminant le litige à soumettre au tribunal arbitral sera établi et signé par les deux parties ; à défaut chacune d'elle remettra au tribunal un exposé écrit de ses prétentions, ces exposés tenant alors lieu de compromis. Si l'une des parties ne remet pas l'exposé, celui de l'autre partie sera considéré comme exprimant l'ensemble de la contestation.
Le tribunal arbitral sera composé des deux arbitres nommés par les parties et d'un tiers arbitre choisi par eux.

Si l'une des parties ne désigne pas son arbitre , celui-ci sera nommé par le président du Conseil Régional de l'Ordre des Vétérinaires, huit jour après une mise en demeure par simple lettre recommandée avec avis de réception, demeurée infructueuse.
La désignation du tiers arbitre sera faite par le président du Conseil Supérieur de l'Ordre des Vétérinaires, à la demande de l'un des arbitres, en cas d'impossibilité par eux de le choisir huit jours après leur nomination.
En cas de décès, empêchement de l'un des arbitres désignés, il sera procédé à son remplacement dans les mêmes formes que pour sa nomination.
Le tribunal arbitral procédera librement à l'instruction du litige, sans être tenu de suivre les règles applicables aux instances judiciaires ; il statuera comme amiable compositeur, en dernier ressort.

Il devra rendre sa sentence dans les six mois de la date d'acceptation de ses fonctions par le troisième arbitre, sauf prorogation de ce délai avec l'accord des parties.
Les arbitres fixent la part de leurs honoraires incombant à chacune des parties.

Article 20 - Communication au Conseil Régional de l'Ordre

Conformément aux dispositions du Code de Déontologie, le présent contrat sera communiqué au Conseil Régional de l’Ordre en envoi recommandé avec avis de réception, de même que tout avenant qui pourra intervenir ultérieurement.

4-3 constituée pour des travaux publics

SOCIETES EN PARTICIPATION
EXEMPLE DE REGLEMENT INTERIEUR
2ème version
(novembre 2006 mise à jour juin 2011)
.
AVERTISSEMENT
Il s'agit d'un exemple de Règlement intérieur qu'il incombera à chacun d'adapter au cas par cas.
FNTP – Groupe Juridique –nov 2006/juin 2011

Ce document a été rédigé dans le cadre d'un groupe de travail auquel ont participé :
Jacques **DIEUDONNÉ**, Directeur Juridique, EIFFAGE TP, Responsable du Groupe Juridique de la **Fédération Nationale des Travaux Publics :**
Dominique **BESSEMOULIN**, Directeur Adjoint - Service Juridique, SOLÉTANCHE BACHY
Philippe **BOURJALLIAT**, Directeur des comptabilités - Groupe RAZEL
Didier **CHAVERNOZ**, Directeur Juridique, RAZEL
Yves **DE JOUSSINEAU,** Secrétaire Général, VALERIAN SAS
Charles-Emmanuel **DE LA CONTÉ,** Directeur Juridique, Groupe FREYSSINET
Jean **DELBOS**, Directeur Général, CAPRARO
François **LECUYER**, Responsable Juridique, SOGEA NORD
Marc **PETITJEAN**, Directeur Juridique, BEC Frères SA
Anita **ROUL**, Juriste, CHARIER TP
Valérie **BAILLAT**, Juriste, FNTP

REGLEMENT INTERIEUR
FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION FORMÉE POUR LES TRAVAUX DE ……………………………
Entre les Soussignés
(Entreprise X)
Société ....……… au capital de €
dont le siège social est à …………….,
RCS ....
représentée par M. *(Représentant)-(Titre)*
- *(Entreprise Y)*
Société ....……… au capital de €
dont le siège social est à …………….,
RCS ....
représentée par M. *(Représentant)-(Titre)*
- *(Entreprise Z)*
Société ....……… au capital de €
dont le siège social est à …………….,
RCS ....
représentée par M. *(Représentant)-(Titre)*
Les associés sont, par statuts en date du …., convenus d'unir leurs moyens en vue de la réalisation

des travaux …………….. et ont constitué à cet effet une société en participation (ci-après désignée « la Société »).
Le présent règlement intérieur, visé à l'article 18 des statuts susvisés, les complète et les précise.

1. COMITE DE DIRECTION

1.1. Missions

Le comité de direction, organe décisionnaire de la Société, est chargé de traiter les questions importantes relatives à la gestion du marché, l'organisation et à la marche générale des travaux, objet de la Société.
Il a en particulier le pouvoir de :

- nommer et révoquer le Directeur des travaux,
- exercer le contrôle général de l'activité du Gérant et du Directeur des travaux,
- définir, sur proposition du Directeur des travaux, les grandes options techniques relatives notamment aux études, aux programmes, aux méthodes, au choix des matériels et outils, à l'organisation technique en général,
- approuver les moyens à mettre en oeuvre tant en personnel qu'en matériel pour la réalisation des travaux :
- approuver la liste du personnel nécessaire qui sera mis à la disposition de la Société par les associés, selon une liste proposée par le Directeur des travaux et fixer les taux de facturation pour les associés de ces mises à disposition,
- fixer la liste du matériel que chaque associé devra mettre à disposition de la Société et fixer les conditions de cette mise à disposition,
- déterminer les conditions de la liquidation du matériel et des stocks résiduels en fin de chantier,
- arrêter le texte des délégations de pouvoir en matière d'hygiène et de sécurité sur proposition du Gérant,
- après consultation faite par le Directeur des travaux, choisir les fournisseurs et sous-traitants éventuels et approuver les contrats à passer,
- donner son accord sur les commandes de fournitures et de prestations de services excédant les montants expressément délégués au Directeur des travaux,
- déterminer les modalités de souscription et de gestion des diverses assurances garantissant l'ouvrage et la responsabilité des associés,
- engager toute action tendant à préserver ou à défendre les intérêts de la société,
- modifier le contrat conclu avec le Maître de l'ouvrage,
- répondre aux questions émises par l'un des associés.
- approuver les budgets présentés par le Directeur des travaux,
- examiner les prévisions de trésorerie établies par le Gérant, assurer le contrôle et la tenue de ces prévisions, la mise en place des moyens financiers nécessaires et prendre les décisions relatives aux appels de fonds, aux dates de paiement par les associés et à la répartition éventuelle des disponibilités de trésorerie,
- alimenter le compte de dépenses,
- approuver les bilans périodiques et le bilan définitif,
- approuver les situations mensuelles, le projet de décompte final et le décompte général,
- examiner les résultats prévisionnels du chantier et contrôler et approuver les éventuelles dispositions proposées par le Directeur des travaux et/ou le Gérant pour améliorer la marche finale.

D'une manière générale, le comité donnera au gérant, au représentant des associés, ou toutautre organe représentatif les directives essentielles pour le fonctionnement de la Société et la conduite des travaux.

1.2. Composition

Les noms du représentant et du suppléant de chaque associé sont ceux définis ci-dessous :

- Entreprise……………………………………..Titulaire M.………… Suppléant M. ……………….
- Entreprise……………………………………..Titulaire M.………… Suppléant M. ……………….
- Entreprise……………………………………..Titulaire M.………… Suppléant M. ……………….

1.3. Ordre du jour et compte rendu

La date et le lieu de la réunion seront fixés par le Président qui convoquera, par lettre RAR, télécopie ou courriel, les associés en leur adressant l'ordre du jour de la réunion qui devra être reçu au moins 8 jours à l'avance.

Le Président adressera le compte rendu des réunions du comité de direction dans les huit jours. Ce compte rendu devra être approuvé au plus tard lors de la réunion suivante.

1.4. Urgence

En cas d'urgence, l'un des associés pourra demander l'accord des autres associés sur une décision, par téléphone, télécopie ou courriel. Les décisions prises suivant cette procédure devront être confirmées par écrit par le Président du comité dans les délais les plus réduits.

1.5. Rémunération

Ni les membres du comité, permanents et suppléants, ni leurs conseils, ne recevront de rémunération à ce titre.

Si une mission particulière leur est confiée par le comité, les frais de déplacement seront facturés à la Société.

2. MANDATAIRE

(Entreprise y) est chargée du rôle de mandataire représentant les membres du groupement, au termes du marché de travaux et de pilote technique.

Sont de sa compétence dans le cadre des directives du comité de direction :

• ***Au titre de sa mission de mandataire***

- la représentation des associés vis-à-vis du Maître de l'ouvrage et du Maître d'oeuvre, notamment par la communication à ces derniers des observations ou réserves que les associés jugeraient utiles dans le cadre de la gestion du marché de travaux,
- la présentation au Maître de l'ouvrage et au Maître d'oeuvre des situations mensuelles et des comptes définitifs,
- l'établissement avec l'aide de la Direction de chantier, la présentation, le suivi et la défense, de toutes réclamations éventuelles qui seraient à formuler vis-à-vis du Maître de l'ouvrage après accord du comité de direction portant à la fois sur le principe et les moyens à mettre en oeuvre ainsi que sur les dépenses à engager et leur prise en charge en fonction du budget adopté,
- d'une façon générale, toutes demandes auprès du client qui seraient exprimées par le comité de direction afin de préserver les intérêts de la Société.

Il tiendra informé, dans les plus brefs délais, les autres associés de toutes correspondances, ordres de service et communications échangés avec le Maître d'oeuvre et/ou le Maître de l'ouvrage, en leur adressant copie de ces pièces.

Il devra également remettre au Directeur des travaux, copie de toute pièce intéressant la conduite et le règlement des travaux.

• ***Au titre de sa mission de pilote technique***

- la direction et le contrôle de l’exécution des études et des travaux, en particulier l’établissement et le respect du programme des travaux, la coordination technique, l’échéancier de mise à disposition de la société du personnel et du matériel par les associés.

3. GÉRANT

En complément des missions qui sont décrites à l’article 8 des statuts, le gérant a la charge notamment de :

• l’enregistrement des statuts ;

• l'établissement des déclarations fiscales d'existence, de résultats et le cas échéant de taxe professionnelle ;

• l'établissement des déclarations et l'acquittement des taxes diverses et de la TVA ;

• l'établissement de toutes les formalités et déclarations relatives à l'ouverture et à la liquidation du ou des chantiers de la Société ;

• la tenue de la comptabilité générale et analytique de la Société ; il ouvrira dans cette comptabilité un compte courant au nom de chacun des associés qui sera utilisé pour :

- les mises de fonds ;
- les avances de fonds consenties ;
- le montant de la part dans les résultats, afférente aux associés.

En aucun cas, les prestations exécutées par les associés pour le compte de la Société ne seront réglées par inscription dans ces comptes courants ou en compensation du solde de ceux-ci ;

Commentaire: Certains peuvent considérer comme souhaitable de créer un document spécifique relatif au rôle du mandataire. L’action judiciaire n’est pas du ressort du mandataire sauf s’il a reçu un mandat exprès d’agir en justice.

• la diffusion auprès des associés des documents comptables et de gestion et particulièrement de ceux prévus à l'article 14 ci-après ;

• la passation, sur proposition du Directeur des travaux et sous réserve de la délégation prévue à l’article 12, des commandes et contrats de sous-traitance suivant son propre circuit et après approbation par le comité, lorsque le montant de ces contrats est supérieur à un seuil défini par celui-ci, ainsi que leur exécution et leur règlement ;

• la gestion administrative du matériel acquis pour le compte de la Société ;

• l'émission de tous documents sauvegardant les droits de la Société, vis-à-vis des tiers sauf pour les missions relevant du mandataire (relations avec le maître de l’ouvrage et ses représentants) ;

• des relations avec les banques et particulièrement de l'ouverture des comptes bancaires prévus à l'article 11 ci-après ;

• de proposer au comité de direction un projet de délégation de pouvoir en matière d’hygiène et de sécurité ;

• la souscription éventuelle des polices d'assurances sur décision du comité de direction ;

• l’exécution des tâches administratives et d'une manière générale l'exécution des obligations afférentes à la bonne administration de la Société.

4. ROLE DE L'ENCADREMENT

Le Directeur des Travaux

Le Directeur des travaux sera nommé par le comité de direction sur proposition de ....

Dans le cadre des décisions prises par le comité de direction, sans que cette liste soit limitative, il :

• met au point une étude d'exécution du chantier qu'il soumet au comité de direction ;

• coordonne les études techniques ;

• prépare et met en place les méthodes et moyens de réalisation de l'ouvrage dans le cadre de l'étude d'exécution approuvée par le comité de direction ;

• dirige et contrôle l'exécution des travaux ;

• met en place et fait assurer le suivi du contrôle budgétaire ;
• assure la représentation locale des associés vis-à-vis du Maître de l'ouvrage, du Maître d'oeuvre et des tiers ;
• assure la mise en place et le suivi des moyens nécessaires aux respects des prescriptions en matière de qualité et d'environnement.

Le Directeur des travaux assure l'application sur le chantier des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment pour ce qui se rapporte :
- à la législation du travail,
- au montage et à l'utilisation des engins et matériels,
- à la sécurité et à l'hygiène des travailleurs et à la prévention des accidents du travail,
- à la sécurité des chantiers,
- au respect des prescriptions environnementales.

A ce titre, il assume, en vertu de la délégation qui lui a été donnée par chaque associé, sur la base du texte arrêté par le comité de direction, la responsabilité de l'application de ces dispositions. Il peut, sous sa responsabilité et après en voir avisés ses mandants, subdéléguer temporairement certains des pouvoirs qui lui sont ainsi délégués à tout subordonné compétent et disposant de l'autorité et des moyens nécessaires.

En cours de travaux, il établit et présente mensuellement au comité de direction
- un rapport technique sur l'avancement des travaux,
- un rapport sur les événements importants du chantier passés ou prévisibles,
- et les documents périodiques prévus à l'article 14 ci-après.

Le Directeur adjoint des travaux

En tant que de besoin, un directeur des travaux adjoint sera nommé par le comité de direction sur proposition du Directeur des travaux. Il travaillera sous les ordres du Directeur des travaux qui définira sa mission.

Le Responsable administratif

Le Responsable administratif a pour rôle d'assister le Directeur des travaux dans tous les aspects administratifs de sa mission, il est nommé par le comité de direction et choisi au sein de l'entreprise assurant la gérance.

En cas d'absence ou d'empêchement du Directeur des travaux, il agit sous l'autorité du Président du comité de direction.

5. PERSONNEL

Mise à disposition et embauche

Le personnel d'encadrement et le personnel qualifié nécessaires pour l'exécution des travaux seront fournis par les associés au prorata de leur part dans la Société, suivant un planning fourni par le Directeur des travaux.

Au cas où un associé ne pourrait fournir de personnel en quantité suffisante, il serait fait appel aux autres associés et en cas d'impossibilité, il serait procédé à des embauches, selon décision du comité de direction, l'éventuel surcoût pouvant être mis à la charge de l'associé défaillant.

Le personnel qu'il sera décidé d'embaucher sur place pour la durée du chantier, sera embauché par le gérant et selon ses procédures administratives propres.

Il pourra également être fait recours à l'emploi de personnel intérimaire dans les strictes limites des dispositions légales et réglementaires, et règles internes éventuelles propres au gérant pour s'assurer du respect de ces dispositions réglementaires.

De convention expresse, l'ensemble des pouvoirs de direction, de contrôle, de surveillance et d'autorité sur les salariés mis à disposition est transféré au Directeur de travaux. Ce dernier recevra à ce titre délégation expresse de la part des représentants habilités de chacun des associés.

La décision concernant l'aptitude du personnel fourni par les associés est du ressort du Directeur des travaux. Le personnel jugé de qualification inadaptée au poste auquel il est

destiné pourra être refusé ou rendu à l'associé d'origine. Le Directeur des travaux devra établir des listes de présence pour tous les salariés et les adresser, chaque mois, aux associés. En outre, un état du personnel (nombre par catégorie professionnelle et par participant) devra être fourni chaque mois avant les réunions du Comité de direction aux associés.
Sauf sanctions, les préavis pour la mise à disposition et le retrait du personnel sont de ….. jours calendaires pour CNRO, …jours pour les ETAM et IAC.
Les employés mis à la disposition de la Société par l'un des associés ne doivent pas être embauchés par un autre associé avant l'expiration d'un délai de TROIS MOIS suivant la fin de leur activité sur le chantier, sauf accord de l'Entreprise concernée. L'associé qui enfreindrait cette stipulation devra payer au Participant concerné une pénalité représentant DOUZE MOIS de salaire du collaborateur changeant de Société.

Facturation

Les personnels mis à disposition resteront administrés par leur Société d'appartenance et conserveront les avantages sociaux détenus du fait de cette appartenance. La facturation mensuelle à la Société de ces personnels sera effectuée comme suit :

5.2.1. Personnel d'encadrement

Selon barème joint (nominatif ou par fonction).

5.2.2. Personnel horaire

Le personnel horaire mis à disposition par chaque associé, sera facturé sur les bases suivantes :

- salaire brut du bulletin de paie y compris primes soumises éventuelles, acceptées par le chantier, affecté d'un coefficient de charges fixé à ………………
- les indemnités, non affectées d’un coefficient de charges, seront facturées sans majoration.

6. MATÉRIEL

Le matériel sera loué aux associés en priorité. Toute location de longue durée à des tiers, ne pourra se faire que lorsque les associés ne pourront satisfaire aux besoins.

Matériel loué aux associés

6.1.1. Principe

Dans toute la mesure du possible, les locations de matériel des associés seront équilibrées entre les associés au prorata de leurs parts dans la Société. La répartition sera arrêtée par le comité de direction, sur proposition du Directeur des travaux.

6.1.2. Facturation

La facturation se fera sur la base du barème (ou du calcul) repris en annexe.

6.1.3. Conditions générales de location

Le Directeur des travaux fixera, compte tenu des directives du comité de direction, la date à laquelle le matériel devra être livré sur le chantier et la date à laquelle ce matériel deviendra disponible.
Le prestataire sera prévenu au moins 8 jours à l'avance pour les demandes et 15 jours pour les mises à disposition.
Dans le cas où un matériel serait sans utilisation pour une durée prévisible de plus de 15 jours, le Directeur des travaux devra en informer à l'avance le propriétaire du matériel.
Les associés pourront récupérer le matériel immobilisé plus 15 jours en respectant les conditions de transport et de chargement ci-dessous.
Les locations définies ci-dessus s'entendent pour du matériel en bon état de fonctionnement respectant en particulier les normes de sécurité applicables au chantier.
Les tarifs de locations fixés ci-dessus sont réputés couvrir les coûts d'amortissement, frais financiers, frais d’entretiens courants ainsi que tous les frais de gestion directs ou indirects de ce matériel. En principe, chaque associé entretien son matériel. Les frais correspondants y compris les pièces d’usure sont réputés inclus dans les barèmes de mise à disposition.

Le matériel devra être livré par son propriétaire en bon état de marche et en conformité avec la réglementation. Au cas où ce matériel s'avérerait en mauvais état à sa réception sur le chantier, les réparations et mises au point seraient à la charge du propriétaire dont l'accord serait préalablement sollicité. Les locations ne seront pas dues pendant cette remise en état.
Toutes réparations consécutives à une utilisation anormale, à des fautes de conduite ou à des accidents pendant la période de mise à disposition du matériel sont à la charge de la Société.
Les bris de machines accidentels, dont il ne sera pas prouvé qu'ils sont dus à des défectuosités du matériel, seront à la charge de la Société.
La remise en état du matériel incombant au propriétaire pourra être effectuée par la Société sur le chantier après accord du propriétaire.

6.1.4. Frais d'atelier

Les réparations ou remises en état de matériel effectuées dans l'atelier d'un associé après accord du comité de direction et qui seraient à la charge de la Société, seront facturées au prix coûtant pour les fournitures et au prix de revient, inclus frais généraux pour le prix de l'heure de MO d'atelier.

6.1.5. Assurances

D'un commun accord entre les associés, la gestion des assurances du matériel sera effectuée comme suit :
a) L'assurance "Bris de machine" est à la charge du propriétaire, elle est réputée comprise dans les taux de rémunération du matériel, chaque propriétaire restant libre de souscrire ou non les polices correspondantes.
Toutefois, s'il est établi que le bris de machine résulte d'une faute commise par le chantier, la Société prendra à sa charge le remboursement si ce dernier ne pouvait pas être couvert par la police du propriétaire, à fortiori dans le cas où le propriétaire n'aurait souscrit aucune police.
b) L'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur (RC circulation), est souscrite par le propriétaire du véhicule ou l'associé le mettant à disposition de la Société. Son coût, est compris dans le barème, pris en charge par la Société tout comme les franchises ou réparations non remboursées par l'assureur.

6.1.6. Frais d'amenée et de retour

A l'aller, le chargement sera payé par le propriétaire, le transport sera payé par le chantier, ainsi que le déchargement.
Au retour, le chargement sera payé par le chantier, le transport et le déchargement par le propriétaire.

6.1.7. Défaillance d'un associé

En cas de défaillance d'un associé, le matériel mis par lui à disposition de la participation restera sur le chantier jusqu'à la décision du comité de direction, concernant son remplacement éventuel.

Matériel à acquérir

Tout achat de matériel fera l'objet d'une procédure exceptionnelle à laquelle seront associés les services « matériel » des partenaires.
L'achat du matériel pour le compte de la Société sera alors réalisé en principe par le Gérant. Ce matériel sera réputé être en indivision et porté à l'actif fiscal de la Société.
En fin de travaux, ce matériel sera, soit réparti entre les associés, soit vendu à des tiers, les associés gardant alors priorité à prix égal sur tous tiers offrant.
La répartition du matériel entre les associés se fera à l'amiable suivant la vocation de chacun, ou, en cas de désaccord, par tirage au sort, de telle façon que la part de chacun corresponde au prorata de son pourcentage dans la Société.
La détermination des valeurs vénales à prendre en compte pour la Société ou pour la vente fera l'objet d'un accord entre les associés.

Les pièces de rechange en stock au magasin de chantier seront affectées aux attributaires du matériel ; les pièces neuves en bon état seront facturées à …………% du prix d'achat, les valeurs des pièces usagées seront déterminées d'un commun accord.

7. FOURNITURES DIVERSES FAITES PAR LES ASSOCIÉS

Des fournitures diverses peuvent être commandées aux associés, telles que petit matériel consommable, outillage, matériaux ou fournitures consommables.

Elles seront alors facturées à la Société aux prix d'achat. Toute fourniture n'ayant pas de référence de prix courant fera l'objet d'un accord préalable sur le montant de la facturation.

8. ÉTUDES

Les frais d'études préliminaires engagés jusqu'à obtention du marché :

Option 1 - seront supporté par la Société selon un budget et une répartition approuvée par le comité de direction

Option 2 -resteront définitivement à la charge de chaque associé en ce qui concerne ceux qu'il a engagés.

Les études effectuées après l'attribution de travaux, feront l'objet d'un accord préalable du comité de direction sur proposition d'un budget qui servira à effectuer la facturation.

9. FRAIS GÉNÉRAUX DE SIÈGE

Le compte de gestion de la Société fera apparaître une provision de ....% sur le montant H.T. des travaux à titre de frais de siège.

Ces frais de siège, contrepartie du coefficient figurant dans les prix de vente au Maître de l'ouvrage, sont réputés couvrir l'ensemble des prestations habituellement supportées par les associés dans leur gestion propre.

Ils feront l'objet d'une facturation au moins une fois par an, les règlements n'étant effectués aux associés que sur décision du comité.

10. FISCALITÉ

10.1 Contribution Economique Territoriale

Le Gérant déclarera pour la Société :

- au titre de la Cotisation Foncière des Entreprises : le cas échéant, la valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière qui lui sont affectés ;
- au titre de la Cotisation sur la Valeur Ajoutée des Entreprises : la valeur ajoutée produite par la société au cours de l'année d'imposition.

Les cotisations correspondantes (CFE et CVAE) seront acquittées par le Gérant au titre de la Société.

10.2 TVA

En matière de TVA à laquelle la Société sera assujettie, le Gérant assurera le suivi des comptes de taxes à payer et à récupérer, suivant le régime applicable aux uns et aux autres. Le Gérant optera, soit pour une déclaration séparée de la TVA, soit une déclaration commune, en réintégrant le montant de la TVA dans sa base déclarative.

11. COMPTES BANCAIRES

Il sera ouvert par les associés, à l'initiative du gérant, dans une banque de premier rang acceptée par eux, deux comptes bancaires :

• ***le premier, dit compte « A », sera crédité :***

- des sommes reçues du Maître d'Ouvrage en provenance du compte de Groupement,
- des mises de fonds des associés,
- des sommes résultant des opérations de financement de toute nature,
- des sommes provenant de la revente de matériel ou de matériaux qui auraient été achetés aux frais de la Société, et, d'une façon générale, de toutes les recettes faites à l'occasion du chantier.

Il sera débité des sommes réglées aux associés au titre des répartitions de trésorerie d'une part et d'autre part des virements éventuels au deuxième compte ci-dessous.

• ***le deuxième compte, dit compte « B », ouvert au nom du gérant sera débité*** de l'ensemble des règlements à effectuer par la Société pour toutes les dépenses afférentes à l'exécution des travaux, y compris les factures des associés.
Il sera crédité par les appels de fonds des associés et éventuellement par le premier compte à la diligence du Gérant.
Ce compte ne pourra en aucun cas être fusionné avec un autre compte du Gérant. Il ne pourra pas être débiteur ni fortement créditeur.
• ***Dans le cas où il n'y aurait pas identité de parties entre le Groupement titulaire et la Société***, il pourra être ouvert un compte bancaire dit « de groupement » destiné à recevoir en premier lieu les sommes en provenance du marché de travaux. Dans ce cas, toutes sommes versées sur ce compte seront automatiquement transférées, à due concurrence des sommes dues aux associés, sur le compte « A ».
L'application des conditions ci-avant ne peuvent en aucune manière contredire les principes fondamentaux repris à l'article 10 des statuts.
Commentaire : La CET remplace la taxe professionnelle

12. COMMANDES ET CONTRATS

Le Directeur des travaux est responsable de la passation des commandes et des contrats, par délégation du gérant.
Il signe lui-même, sur les documents commerciaux du Gérant, toute commande d'un montant inférieur à €………………….. H.T. ainsi que celles d'hygiène et sécurité sans limitation de montant. Au-delà il sollicitera l'accord du comité de direction. Il utilisera la procédure administrative en vigueur chez le gérant.

13. CIRCUIT DES FACTURES

Comptabilisation et règlement des factures

La comptabilisation des factures sera faite par le gérant. Les factures seront adressées directement par les fournisseurs et sous-traitants à l'adresse du gérant. Les factures seront ensuite envoyées au chantier pour visa par le Directeur des travaux et un représentant habilité de chaque associé.
Seules seront payées les factures revêtues de la signature de l'ensemble des représentants de chaque associé.
Le règlement des fournisseurs sera effectué …….. ., toute exception étant soumise à l'accord du comité de direction.
Les sous-traitants seront payés conformément à la loi et aux dispositions retenues par le comité de direction. Le gérant est responsable de l'application de ces dispositions.
En cas de tenue d'une caisse de chantier, les mêmes règles de visa sont applicables, bien qu'effectuées postérieurement à l'engagement et au paiement des dépenses.

Dépenses facturées par les associés à la Société

Chaque facture présentée par l'un des associés, sera prise en compte dans la comptabilité de la Société et sera éventuellement corrigée par avoir lors de l'acceptation, selon la même procédure qu'au paragraphe précédent.
Les factures seront réglées par virement aux échéances suivantes :
- personnel : à………….,
- autres dépenses (y compris les frais de gérance, pilotage ou mandataire) :.

14. DOCUMENTS PÉRIODIQUES

Sur la base de documents fournis par le Directeur de travaux, le gérant adressera aux associés les documents périodiques suivants
• **au démarrage des travaux**
plan de financement prévisionnel. Ce plan sera mis à jour périodiquement pendant la durée des travaux.
• **mensuellement**

- situation de trésorerie et prévisions à trois mois, le 5 du mois m+1
- relevé des comptes courants des associés, le 10 du mois m+1
- état de facturation et encaissements, le 10 du mois m+ 1
- situation financière et compte d'exploitation estimé le 15 du mois m+1

Commentaire : Préciser les conditions de règlement. A défaut, les dispositions légales s’appliqueront.

Commentaire : Préciser les conditions de règlement. A défaut, les dispositions légales s’appliqueront.

• **semestriellement**

- bilan fiscal à fin juin et fin décembre.

La direction du chantier adressera aux associés les documents périodiques suivants :

• **hebdomadairement**

- rapport d'avancement

• **mensuellement**

- rapport d'activité mensuel comportant notamment: pour le 15 du mois m+1

@ les avancements et rendements,
@ les prévisions de travaux,
@ les objectifs du mois suivant.

- compte d'exploitation basé sur les éléments comptables donnés par le Gérant et les engagements déterminés par le chantier pour le 15 du mois m+ 1
- copie de la situation des travaux et du décompte du client et tableau des encaissements clients le 15 du mois m+ 1

• **trimestriellement**

- prévisions d'emploi de la main d'oeuvre et du matériel,
- prévisions de chiffre d'affaires et de résultat mensuel jusqu'à fin d'opération pour le 15 du premier mois suivant.

15. SERVICE APRES-VENTE

Il est d'ores et déjà convenu que le service après-vente du chantier sera assuré par ……….....
Cette mission comprend .....

option 1 : Elle sera rémunérée par versement, dans les trois mois suivants la réception des travaux, d'un montant forfaitaire de ... % du montant HT du marché, qui devra être provisionné dans les comptes de la Société.

option 2 : L'entreprise chargée du SAV engagera les dépenses nécessaires, après accord de l'autre partenaire, qui s'engage à rembourser sa quote-part dans les limites des parts existant dans la Société.

16. AUTRES DISPOSITIONS

- Le comité de direction sera habilité à arrêter toutes dispositions qui n'auraient pas été prises par le présent protocole. Il en sera ainsi, en particulier, pour toutes dépenses imprévues.
- Il importe que toutes les dispositions soient prises pour ne pas révéler aux tiers l'existence de la Société en Participation (aucun formulaire, cachet, panneau ou correspondance ne devra faire apparaître le mot "participation" ou "groupement".

Le présent règlement intérieur peut être modifié ou adapté par décision du comité de direction statuant à l'unanimité, nonobstant toute autre disposition de majorité qui serait indiquée dans les statuts.

- Le présent règlement intérieur comporte les annexes suivantes qui sont réputées en faire partie intégrante.

Annexe ; Annexe ; Annexe ; Annexe
Fait à le
en autant d'exemplaires que de parties

Annexe 5 : Présentation du mécanisme comptable

La comptabilité repose sur trois documents essentiels : le bilan, le compte de résultat et l'annexe, expliquant les mouvements essentiels, les changements de méthodes des deux premiers ainsi que les engagements « hors bilan », tels les cautionnements.

I Le bilan

Le bilan est une photographie du patrimoine de l'entreprise à un moment donné. La période séparant deux bilans s'appelle un "exercice comptable". La date à laquelle est effectuée le bilan s'appelle "la date d'inventaire" ou "la date de clôture de l'exercice".

ACTIF	PASSIF
Actif immobilisé	Capitaux propres
- incorporel	- capital
ex fonds commercial	- réserves
logiciels	- résultat (bénéfice ou perte)
- corporel	
ex outillages	Autres fonds propres
ex véhicules	
- immobilisations financières	
ex participation	
cautions	Provision pour risques et charges
Actif circulant	Dettes
- stocks	- dettes financières
- créances	- dettes fournisseurs
- valeurs mobilières de placement	- dettes fiscales et sociales
- disponibilités ou liquidités : banques et caisse	- autres dettes
comptes de régularisation	comptes de régularisation

L’actif, classé en ordre de liquidité croissante, est forcément égal au passif, déterminé en ordre d’exigibilité croissante. L’actif est présenté en trois colonnes : les valeurs brutes correspondant aux valeurs initiales, les amortissements, dépréciations ou provisions, et les valeurs nettes comptable, à savoir la différence entre les deux premières.

L’actif immobilisé correspond aux immobilisations, à savoir les biens ou les valeurs destinés à servir de façon durable à l’activité de l’entreprise : elles ne se consomment pas par le premier usage. Les provisions pour risques et charges sont destinées à couvrir des risques et des charges que des évènements survenus ou en cours rendent probables, nettement précisés quant à leur objet, mais dont la réalisation est incertaine. Quant aux réserves, il s’agit des bénéfices antérieurs laissés dans l’entreprise, donc non distribués aux associés (distribution de dividendes).

Les classes relatives aux comptes du bilan sont :

1. les capitaux
2. les immobilisations
3. les stocks
4. les tiers
5. les liquidités.

II Le compte de résultat

Le compte de résultat permet de retracer la résultante de l’activité d’un exercice comptable. L’activité professionnelle d’une entreprise conduit à effectuer des opérations génératrices d’enrichissement ou d’appauvrissement.

§I) définition du résultat : sa composition

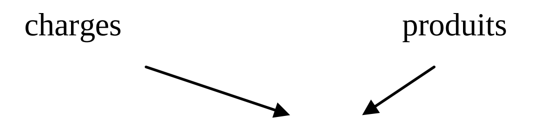
Une charge correspond à toute dépense relative à l’activité de l’entreprise et qui contribue à diminuer son bénéfice : emplois consommables (ne “durent” pas).

Un produit est tout élément relatif à l’activité de l’entreprise et qui contribue à augmenter ses bénéfices.

Le résultat est la différence entre produits et charges, bénéficiaire si les premiers l’emporte, déficitaire en cas contraire.

§II) Résultat et bilan

Le résultat d'un exercice va entraîner une diminution ou un accroissement du patrimoine. Il figure donc au bilan : compte 12 "Résultat de l'exercice"



résultat qui va être viré dans le bilan

compte 120 : Résultat (bénéfice) +

charges	produits
bénéfice	

compte 129 : Résultat (déficit) -

charges	produits
	déficit

§III) Présentation du compte de résultat

:

CHARGES	PRODUITS
Achats	Ventes
ex : matières premières	
Autres charges externes	
ex : réparation	
Impôts et taxes	
ex : taxes foncières	
Charges de personnel	
(salaires et charges sociales)	
Charges financières	Produits financiers
ex : intérêts des emprunts	ex : intérêts sur prêts
Charges exceptionnelles	Produits exceptionnels
ex : amendes	ex : produit de la vente d'une machine
Impôt sur les sociétés	
BENEFICE	(ou) DEFICIT
TOTAL	= TOTAL

Le bénéfice ou le déficit est placé de telle façon que le compte de résultat soit équilibré.

Les classes relatives aux comptes du compte de résultat sont :

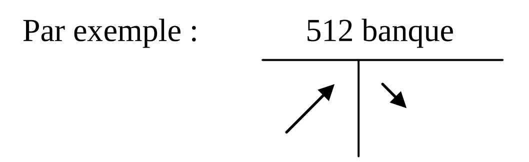
6 les charges

7 les produits.

III Le mouvement des comptes

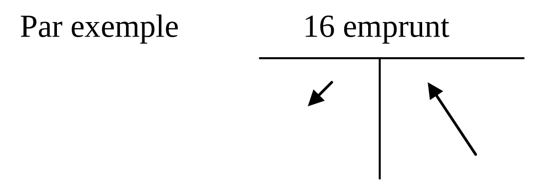
Les comptes d'actif du bilan ou de charges sont des comptes d'emplois, c'est-à-dire d'utilisation des fonds. Ils augmentent au débit (colonne de gauche) et diminuent au crédit (colonne de droite).

Par exemple : 512 banque



Les comptes de passif du bilan ou de produits sont des comptes de ressources, c'est-à-dire d'origine des fonds. Ils augmentent au crédit (colonne de droite) et diminuent au débit (colonne de gauche).

Par exemple 16 emprunt



Le journal est la retranscription des mouvements « journaliers ». Les écritures au journal se présentent ainsi :

Date de l'écriture

Numéro de comptes	Intitulé des comptes	Montant au débit	Montant au crédit
512	Banque	1000000	
16	Emprunt		1000000

Déblocage de l'emprunt, c'est-à-dire le libellé de l'écriture

Les écritures au journal sont retranscrites dans le grand livre, répertoriant tous les mouvements sur les différents comptes. Puis ces montants sont transférés au bilan et au compte de résultat.

BIBLIOGRAPHIE

I Traités et ouvrages généraux en droit des obligations et en droit des sociétés

Lorsque le lieu de parution n'est pas mentionné, il s'agit de Paris.

Bénabent A., *Les obligations,* Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème édition, 2012, 12ème édition, 2010, et 11ème édition, 2008

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2000

Cozian M., Viandier A. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, Litec LexisNexis, 24ème édition, 2011, 20ème édition, 2007, 16ème édition, 2003

Cozian M. et Viandier A., *Droit des sociétés*, Litec, 11ème édition, 1998

Dana-Demaret S. et Reinhard Y., *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires* , Dalloz, 1993

Didier P. et Didier P., *Droit commercial – les sociétés commerciales*, tome 2, Economica, 2011

Germain M., Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, tome 1, LGDJ, 15ème édition, 1993

Germain M. et Magnier V., *Traité de droit commercial*, tome 1, volume n°2, LGDJ, 20ème édition, 2011

Gibirila D., *Droit des Sociétés,* Université-Droit, Ellipses, 1997

Guyon Y., *Droit des affaires,* Economica, 1980

Guyon Y., *Droit des affaires – droit commercial général et sociétés,* tome 1, Economica, 11ème édition, 2001, 8ème édition, 1994 et 6°ème édition, 1990

Jeantin M., *Droit des sociétés,* 3ème édition, Montchrestien, 1994

De Juglart M. et Ippolito B., *Cours de droit commercial – Les Sociétés Commerciales,* 2ème volume, 9ème édition, Montchrestien, 1992

Lacour L. et Breton J., *Précis de droit commercial,* Dalloz, 2ème édition, 1921-1925

Le Cannu P., *Droit des Sociétés,* Montchrestien, 2003

Le Cannu P. et Dondero B., *Droit des Sociétés,* Montchrestien, 4ème édition, 2012

Malaurie P., Aynès L. et Stoffel-Munck P., *Droit civil – les obligations,* 5ème édition, Defrénois, 2011

Mazaud H., L. et J., *Leçons de droit civil – obligations et biens*, tome 2, Montchrestien, 1962
Merle P., *Droit commercial, sociétés commerciales*, Précis Dalloz, Droit privé, 16ème édition, 2013, 15ème édition, 2011 et 8ème édition, 2001
Reinhard Y. et Thomasset-Pierre S., *Manuel de droit commercial*, Lexis-Nexis, 7ème édition, 2008
Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial,* tome 1, LGDJ, 13ème édition, 1992
Thaller E. et Pic P., *Sociétés commerciales,* tome 1, A. Rousseau, Paris, 3ème édition, 1940-1948
Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., *Droit Civil- les obligations*, Droit Privé, Précis Dalloz, 10ème édition, 2010 et 9ème édition, 2005
Vidal D., *Droit des sociétés*, LGDJ, collection Manuels, 1993

II Thèses, ouvrages spécialisés, mémoires et monographies

Lorsque le lieu de parution n'est pas mentionné, il s'agit de Paris.

A Droit

Baptista L.O. et Durand-Barthez P., *Les associations de joint-venture*, LGDJ Feduci, 2ème édition, 1991
Baruchel N., *La personnalité morale en droit privé – éléments pour une théorie,* LGDJ, 2004
Bénabent A., *Droit civil - Les contrats spéciaux civils et commerciaux,* 9ème édition, Montchrestien, 2011
Berthiau D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats,* LGDJ, 1999
Bézart P., *Sociétés civiles*, LITEC, 1979
Bonneau T., *Droit bancaire,* 9ème édition, Montchrestien, 2011
Boucourechliev J., *Une société de droit européen*, Presses de Sciences Po, Creda, 1999
Brouder-Leibovici S., *La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires,* thèse Paris IX, 2000
Cabrillac R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français,* LGDJ, 1990
Calais-Auloy J., *Essai sur la notion de l'apparence en droit commercial*, thèse Montpellier, 1959
Catala P., *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La Documentation Française, Ministère de la justice, rapport, 2006

Chenut C.-H., *Le contrat de consortium*, LGDJ, 2003

Collart Dutilleul F. et Delebecque P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9ème édition, 2011 et 5ème édition, 2000

Convert L., *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés – étude de droit comparé Angleterre – Espagne - France*, LGDJ, 2003

Cozian M., *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec Fiscal, 23ème édition, 1999-2000, 25ème édition, 2001-2002, 29ème édition, 2005-2006

Cozian M. et Deboissy F., *Précis de fiscalité des entreprises*, 2012-2013, 36ème édition, LexisNexis, septembre 2012, 2010/2011, 34ème édition, Litec, septembre 2010 et 2011/2012, 35ème édition, Lexis-Nexis / Litec

Corruble P., Auel J.-B., Charbit N., Halimi Delechette C. et P. Kirch, *Droit européen des affaires*, Dunod, 1998

Daigre J.-J., *Sociétés d'exercice libéral – sociétés en participation de professions libérales*, GLN Joly, 1993

Danis-Fatôme A., *Apparence et Contrat*, LGDJ, 2004

Delacollette J., *Les contrats de commerce internationaux*, De Boeck Université, collection Droit / Economie, Bruxelles, 1996

Delplanque M., *La gouvernance globale*, thèse Nice, 2000

Despinoy A., *L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières*, mémoire de DEA de droit des contrats, droit des affaires, Lille II, 2001

Dondero B., *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, -contribution à la théorie de la personnalité morale*, thèse, tomes un et deux, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006

Dubisson M., *Les accords de coopération dans le commerce international*, Lamy, 1989

Duguit L., *Les transformations générales du droit privé depsui le Code Napoléon*, 1912, réimpression La Mémoire du Droit, 1999

Durand F., *L'apparence en droit fiscal*, LGDJ, 2009

Editions Comptables Malesherbes, *Fiscalité – Stratégie pour les entreprises et la profession*, 46ème congrès de l'ordre des experts-comptables, 1991

Emery C., *Passer un marché public*, Delmas, 2001

Ferrier D., *Droit de la distribution*, 3ème édition, Litec, 2002

Fromont M., *Droit allemand des affaires : droit des biens et des obligations*, droit commercial et droit du travail, Montchrestien Domat droit privé, 2001

Gavalda C. et Stoufflet J., *Droit bancaire*, LITEC, 8ème édition 2010 et 1992

Geneste B., *Droit communautaire de la concurrence,* Vuibert Gestion Internationale, Belgique, 1993

Giffard A.-E. et Villers R., *Droit romain et ancien droit français – obligations*, 3ème édition par Robert Villers, Précis Dalloz, 1970

Gounot E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Paris, 1912

Gross B. et Bihr P., *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux,* Thémis, PUF, 2ème édition, 2002

Guyon Y., *Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventionnels entre associés,* 4ème édition, LGDJ, 1999

Guyon Y., *Droit des affaires – Entreprises en difficulté*, tome 2, 9ème édition, Economica, 2003

Huet A. et Koehling-Joulin R., *Droit Pénal International,* PUF collection Thémis, 2ème édition, 2001

Huet J., *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de Droit Civil, LGDJ, 2001

Larroumet C., *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux, 1968

Lasserre Capdeville J. et Kovar J.-Ph., *Droit de la régulation bancaire*, RB Edition, 2012

Laurent C. et Vallée T., *Société d'Exercice Libéral (SEL),* 3ème édition, Delmas, 2001

Levy J.-P. et Castaldo A., *Histoire du Droit civil*, Dalloz, 2002

Ligneul N., *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises,* Editions Bruylant – Université de Bruxelles, collection de droit international, 2001

Malaurie-Vignal M., *Droit interne de la concurrence,* Armand Colin, 1996

Martron H, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privée,* coédition LGDJ et Caisse des Dépôts, 2011

Mekki M., *L'intérêt général et le contrat – contribution à une étude de la hierarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004

Mémento Pratique Francis, *Lefebvre Fiscal*, 2013, 2004, 2006, 2007, 2008, 2009, 2011, 2012

Mémento Pratique Francis, *Lefebvre Comptable* 2012

Michoud L., *La théorie de la personnalité morale –son application au droit français*, LGDJ, 1924

Moréteau O., *Droit Anglais des Affaires*, Précis Dalloz, 1ère édition, 2000

Neret J. , *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979

Obert R., *DECF épreuve n°6, comptabilité approfondie et révision,* Dunod, mai 2000

Parisot L., *Le petit avocat conseil*, manuel élémentaire de droit usuel et pratique, revu et complété par Louis Klecker de Balazuc-Barbazan, éditions Albin Michel Paris, mai 1927

Peglow K., *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003

Petit E., *Traité élémentaire de droit romain,* Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1895

Pironon V., *Les joint-ventures ; contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale,* Dalloz, 2004

Prillaud F.-X. et Siritzky D., *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE),* La Documentation Française, 2008

Price Waterhouse Coopers, *PCG refonte 1999*, editions Francis Lefebvre, 1999

Saleilles R., *De la déclaration de volonté,* Paris, Pichon, 1901

Sarradin P., *L'associé et son croupier*, thèse Paris, 1970

Schiller S., *Les limites contractuelles en droit des sociétés – les connexions radicales,* LGDJ, 2002

Serloten P., *Droit fiscal des affaires*, Droit privé, Précis Dalloz, 13ème édition, 2012-2013, 11ème édition, 2012, 10ème édition, 2011 et juin 2006,

Serloten P., *Droit fiscal des affaires, traité de droit commercial,* Ripert G. et Roblot R., tome 3, 4ème édition, LGDJ, 1995

Schapira J., Le Tallec G., Blaise J.-B., et Idot L., *Droit européen des affaires*, tome 1, 5ème PUF, collection Thèmis, 1999

Simler Ph., *Les biens*, Le Droit en plus, PUG, Grenoble, 1998

Szramkiewicz R., *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1999

Tchotourian I, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société,* LGDJ, 2011

Terré F. et Simler Ph. et Lequette Y., *Droit Civil – Les biens*, Droit Privé, Précis Dalloz, 10ème édition, 2010

Testu F.-X., *L'indivision*, Connaissance du Droit, Droit Privé, Dalloz, 1996

Testu F.-X., *Contrat d'affaires*, Dalloz, édition 2010-2011

Touron P. et Tondeur H., *Comptabilité en IFRS*, Editions d'Organisation, 2004

Vacrate S., *La société créée de fait*, essai de thésaurisation, LGDJ, 2003

Vallansan J. et Desmorieux E., *Sociétés en participation et sociétés crées de fait, aspects juridiques et fiscaux*, Pratique des Affaires, GLN Joly éditions, février 1996

Viandier A., *La notion d'associé,* LGDJ, 1978

Viandier A. et de Lauzainghein C., *Droit comptable*, Précis Dalloz, 2ème édition, 1993

Villey M., *Le droit romain*, éditionsPUF, collection Que sais-je ?, 1964
Zein Y., *Les pools bancaires*, Economica, Collection Droit Civil, 1998
Weill Alex, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé*, thèse Strasbourg, 1938

B Gestion –management

Andreff W., *Les multinationales globales,* La Découverte, Répères, 1996
Bagla-Gökalp L., *Sociologie des organisations*, La Découverte, Repères, 1998
Baudry B. *L'économie des relations interentreprises,* La Découverte, Repères ,1995
Bessis J., *Gestion des risques et gestion Actif – Passif*, Dalloz, 1995
Bonazza P., *Eurotunnel, le hold-up programmé*, FIRST Documents, 1996
Bouteiller E. et Fouquin M., *Le développement économique de l'Asie orientale,* La Découverte, Repères, 1995
Centre des Jeunes Dirigeants d'entreprise (CJD), *L'entreprise au XXIème siècle*, Flammarion, 1996
Chandler A. D., *Stratégies et structures de l'entreprise*, Les Classiques EO, Les Editions d'Organisation, 1994, (2ème impression 1989)
Charreaux G., *Gestion financière DECF*, 6ème édition, LITEC, 2000
Dangeard A.-L., Pontet P. et Bourgade M., *Les techniques de l'exportation,* 7ème édition, PUF, collection Que sais-je ?, 1996
Dayan A., coordonnateur générale, *Les grandes manœuvres stratégiques,* livre 1 *Organisation, Management et Stratégie* Universités Francophone-AUPELF-UREF, Canada, 2002
Doz Y. et Hamel G., *L'avantage des alliances – logiques de création de valeur*, Dunod, 2000
Droit et Gestion de l'entreprise, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, IAE de Paris, Vuibert Gestion, ESUG Toulouse, novembre 1993 :

- Capet M., « Le droit comme langue essentielle décrivant l'économie », p. 13
- Halfon L., « La maîtrise de l'outil contractuel : facteur de différentiation », p. 129
- Laurent P., « La recherche de l'équité dans la politique communautaire », p.183
- Medus J.-L., « Engagement de ratios et garanties pour la gestion : réflexions sur les interactions entre le droit et les sciences de gestion », p. 26
- Saias M. et Greffeuille J., « L'état de l'art : vers de nouveaux paradigmes stratégiques », p. 221

Dubisson M., *Les accords de coopération dans le commerce international,* Lamy, 1989

Duclos P.G., conseiller en gestion des assurances, *Les mécanismes d'assurances des comptes à recevoir dans l'industrie du livre en Europe,* Ministère du patrimoine canadien, 2003

Durand P. et latscha J., *Les groupements d'entreprsies,* Librairies Techniques, collection Droit et Gestion dirigée par F. Terré, 1973

Encyclopédie de Gestion sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, Economica Editions G.Vermette inc., 1989 :

- Betbeze J.-P., «Conjoncture économique et gestion de l'entreprise », n°25
- Capet M., «Design de l'organisation», n°39
- Chieng A., « Entreprise chinoise : une gestion en système socialiste », n°48
- Desreumaux A., « Structures de l'entreprise », n°134
- Dubois D., « Trésorerie », n°144
- Joffre P., « Internationalisation de l'entreprise », n°75
- Le Duff R., « Analyse de système », n°7
- Rassat P., « Fiscalité et gestion de l'entreprise », n°62
- Rojot J., « Théorie des organisations », n°141

Encyclopédie de Gestion sous la direction de Patrick Joffre et Yves Simon, Economica Editions G.Vermette inc., 2ème édition 2001 tome 2 :

- Médus J.-L., « Droit et gestion », n°52

de Frascati M., *La mesure des activités scientifiques et techniques,* OCDE, Paris 1981

Ham A. et Schwebe C. , *MBA Marketing, synthèse des meilleurs cours américains*, les concepts, MAXIMA Laurent Mesnil Editeur, 1994

Jarrosson B., *100 ans de management*, Dunod, 2000

Koenig G. , *Les théories de la firme,* Gestion Poche Economica, 1998

Langelfeld-Würth K., *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, GLN Joly Editions, 1992 :

- Cereghini S., « La joint venture en Italie », p.255
- Dauran B. et C., « Pratique des entreprises conjointes en Turquie », p.395
- Dr Elsing S. H, « La joint venture aux Etats-Unis », p.341
- Klassen H.U., « Les formes d'investissement étranger ou République Populaire de Chine », p.373
- Langelfeld-Würth K., « Analyse pratique de la joint venture internationale », p.21 et « La joint venture en Arabie Saoudite et dans les Emirats Arabes Unis », p.383

Lemoine F., *La nouvelle économie chinoise,* La Découverte, Repères ,1994

La fondation Drucker, *L'entreprise de demain*, édition Village Mondial, 1998 :

- Drucker Peter F., « Introduction : vers la nouvelle organisation », p.7
- Gadiesh O. Et Olivet S., « La restructuration au service du changement », p.64
- Galbraith R., « L'organisation reconfigurable », p.88
- Handy C., « Des lendemains inconnus », p.234
- Prahalad C.K., « Une nouvelle race de managers dans le paysage concurrentiel émergent », p.134
- Somerville I. et Mroz J.E., « Des compétences nouvelles pour un monde nouveau », p.73
- Ulrich D., « Organiser l'entreprise autour de ses capacités », p.143

Lachmann J.-J., *Le financement des stratégies de l'innovation,* Economica, 1993

Lachmann J.-J., Stratégie et financement de l'innovation, Economica, 2010

Lemesle R.-M., *Les délocalisations off –shore,* PUF, collection Que sais-je, 1995

Ménard C., *L'économie des organisations*, La Découverte, Repères ,1997

Mintzberg H., *Le management, voyage au centre des organisations*, Les Editions d'Organisation novembre 1998, 2ème tirage, 1999

Nizet J. et Pichault F., *Comprendre les organisations : Mintzberg à l'épreuve des faits*, Gaëtan Morin éditeur Europe, 1995

Porter M., *L'avantage concurrentiel,* Inter Editions, 1986

Pecheux F., *Tunnel sous la Manche, impact pour le transport routier de marchandises belges,* Institut du transport routier, Bruxelles, 1988

Rainelli M., *Le commerce international*, la Découverte, Repères, 5ème édition, 1996

Redor D., *Les économies d'Europe de l'Est : Europe Centrale, Orientale et Russie depuis 1989,* Seuil Economie, 1997

Robé J.-P., *L'entreprise et le droit*, PUF, collection Que sais-je ?, 1999

Simon H.-A., *Sciences des systèmes, sciences de l'artificiel*, Dunod, 1991

Thuderoz C., *Sociologie des entreprises*, La Découverte, Repères, 1997

Urban S., *Management International*, Les essentiels de la gestion, Edition Management Société, 1993

Urban S. et Vendemini S., *Alliances stratégiques coopératives européennes*, éditions De Boeck Université, 1993-1994

Vernimmen P., Quiry P. et Le Fur Y., *Finance d'entreprise*, Dalloz, 2002

Weber M., *Economie et société*, tome 2, Plon, 1995

III Articles et chroniques

A Droit

Anonyme, « Le croupier d'associé », Joly, 1984, p.365
Anonyme, « La cotraitance des marchés publics », MTP, n°4967 du 5 février 1999, n°46
Aberkrane H. , « L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision », in *Mélanges Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p.18
Alfandari E., « La médecine libérale : quel avenir ? », Revue de droit sanitaire et social, 2012, p. 965
Amrani-Makki S. et Fauvarque-Cosson B., « Droit des contrats, octobre 2009 – novembre 2010 », D.2011.472
Amiaud A., « L'affectio societatis », in *Mélanges Simonius,* Bâles, 1955, p.1
Autesserre J., « Associations en participation et sociétés de fait », Revue des sociétés, 1963, p. 241
Aynès L., « Cession de contrat, cession de créance : rôle de la signification au débiteur cédé », note sous Cass Civ 1ère 5 février 2009, D 2009.842
Baffoy G., « La transformation d'une société en participation en société de droit est-elle possible ? », JCP, Ed. E., 1998, 359
Balando J.-P., « Cotraitance, le rôle d'un mandataire d'un groupement momentané », MTP, n°4863 du 7 février 1997, p.49
Balando J.-P., « Marché de travaux, société en participation et cotraitance », MTP, n°4903 du 14 novembre 1997, p.74
Balando J.-P., « Juridique : groupements d'entreprises ou société en participation », MTP, n°4958 du 4 décembre 1998, p.54
Balando J.-P., « Entreprises : comment utiliser la société en participation », MTP, n°4967 du 5 février 1999, p.46
Balando J.-P., « Europe des contrats ; modalités d'une coopération interentreprises », MTP, n°5008 du 19 novembre 1999, p.74
Balando J.-P., « Groupements et marchés publics : quand les prestataires se rassemblent … les nouveaux groupements d'entreprises sont arrivés », MTP, n°5111 du 9 septembre 2001, p.86
Balando J.-P., « Groupement d'entreprises, déterminer l'étendue de la solidarité », MTP, n°5139 du 24 mai 2002, p.70

Barbieri J.-F., « L'incidence des procédures collectives sur la situation des associés », Les Petites Affiches, 23 avril 1986, p.18
Bergel J.-L., « La loi n°2006-728 du 23 juin 2008, portant réforme des successions et des libéralités comporte des aménagements sensibles du régime légal de l'indivision à partir du 1er janvier 2007, tout en réaffirmant les principes essentiels », Revue de Droit Immobilier, 2006, p.371
Bergerès M.-C., Guichard M. et Stemmer W., « La société en participation et la TVA », Les Petites Affiches, 19 juillet 2004
Bermond de Vaux J.-M., « Le spectre de l'affectio societatis », JCP, Ed. E., 1994, 346
Bermond de Vaux J.-M., « L'empire des faits et l'émergence de la notion de société », D 1996 chronique p.185
Bernard A. , « Law and economics, une société idiote ? », D 2008.2806
Bertran de Balanda J., « Crédits consortiaux : quelles règles du jeu », JCP, Ed. E., 1994, 409
Bert D., « L'apport de la « LME » au régime juridique des sociétés d'exercice libéral », D 2008.3094
Bertran de Balanda J., « A la recherche de la nature juridique des conventions de sous-participations bancaires », JCP, Ed. E., 1996, 572
Blanchet C. et Robert A., « Les notaires parisiens et la lutte contre le blanchiment des capitaux - les raisons d'une dynamique », Les Affiches Moniteur, 11 janvier 2013, p.4
Blanc-Jouvan X., « La révélation aux tiers de la société en participation », RTD Com, 1959, p.649
Blaise J.B. et Fouchard Ph., « Les Euro-crédits : un instrument de synthèse bancaire pour le financement du commerce international », Journées d'Etudes Internationales de Dijon, octobre 1980, Librairies Techniques de Paris, 1981
Bloch P. , « Les Euro-crédits : un instrument de synthèse bancaire pour le financement du commerce international », in *Journées d'Etudes Internationales de Dijon*, octobre 1980, Librairies Techniques de Paris, 1981
Braconnier S., « Le nouveau Code des marchés publics analysé point par point : les nouvelles procédures de passation des marchés publics », MTP, n°5091 du 3 juin 2001
Calvo J., « La pratique internationale des joint-ventures », Les Petites Affiches, 16 mars 1990, p.17
Caporale F., « Société et indivision », Revue des Sociétés, 1979, p.265
Caye J., « La SEP et le droit boursier », dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars / avril 2004, p.18

Chappert A., « Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause », Defrénois, 2002, p.285

ChartierY., « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », JCP, 1978.I.n°2917

ChartierY., « Remarques sur la société en participation », RTD Com, 1979, p.637

Chartier Y., « L'évolution de l'engagement des associés », Revue des Sociétés, 1980, p.1

Chesnais P., « Les lois du 26 décembre 1969 relatives aux artistes et mannequins », JCP, 1979.I.2315 n°11

Colombani J.-L., « La société par actions simplifiée sera-t-elle un moteur pour la société européenne », Les Petites Affiches, 29 mars 1999, p.7

Courivaud H., « Marchés : Groupement d'entreprises et ententes prohibées », MTP, n°4917 du 20 février 1998, p.40

Cozian M. « Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés », JCP, 1976. I. n°2817

Cozian M. et Mingat A., « L'imposition des bénéfices de l'entreprise indivise » JCP, Ed. E., 1999, 638, n°4

Corlay P., « La protection des tiers dans le nouveau droit commun des sociétés civiles », RTD Com, 1981, p.233

Cousin A. et Buat-Ménard E., « Les créances entre concubins », AJ Famille, 2013, p.47

Cutajar C., « Il faut éradiquer les sociétés – écrans », La Semaine de l'Europe, novembre 2001

Cutajar C., « Les banques et la lutte contre le blanchiment de la fraude fiscale, à l'aube de la troisième directive », in H. de Vauplane et J.-.J. Daigre, *Mélanges AEDBF*, France , tome V, 2008, p.125

Cutajar C., « Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire », D 2009.821

Cutajar C., « Blanchiment d'argent – pour une refondation de la politique criminelle répressive en droit français », Les Affiches Moniteur, 27 mai 2011, p.1

Cutajar C., « Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme – vers une 4ème directive de l'Union Européenne », Les Affiches Moniteur, 7 septembre 2012, p.4

Daigre J.-J., « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles » Joly, 1991, p.369

Daigre J.-J., « La société en participation, instrument de coopération » Actes Pratiques, Droit des Sociétés, 1994, p.5, n°16

Daigre J.-J., « Objet passe forme, de la nature civile des SEL » JCP, Ed. E., 1998, 213

Daigre J.-J., « Les conditions de création d'une société de fait par les SCP », JCP, Ed. E., 1999 . I. p.1197

Daigre J.-J., « Les sociétés en participation financières de professions libérales s'ouvrent aux activités accessoires et s'étendent à l'étranger », Joly, 2004, p.455

Daublon G. et Gelot B., « Libres propos sur la non-immatriculation des sociétés civiles anciennes », Defrénois, 2003, p.889

Daublon G. et Gelot B., « Remarques pratiques à propos des sociétés civiles non immatriculées », Defrénois, 2003, p.1289

de Gaudemaris M., « Théorie de l'apparence et société », Revue des sociétés, 1991, p.465

Deboissy F. Chronique « Régime fiscal des affaires », RTD Com, 2003, p.836 et 899

Deboissy F., « Mise en société de l'entreprise individuelle : mode d'emploi », Chronique « Régime fiscal des affaires », RTD Com 2003, p.584

Deboissy F. et Wicker G., « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », RTD Civ, 2000, p.225

Decoopman N., « La notion de mise à disposition », RTD Civ, 1981, p.300

Dekeuwer-Defossez F., « Illusions et dangers du fait », D 1982 chronique 83

Dekeuwer-Defossez F., « L'indivision dans les sociétés en participation », JCP,1980.I. n°2970, n°13

Dekeuwer-Defossez F., « L'unification des sociétés civiles et commerciales », RTD Com, 1984, p.569

Delebecque P., « Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoine et responsabilité des membres du groupe », Revue des Procédures Collectives, 1998, p.129

Deleneuville J.-M., « L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985 », Revue des Procédures Collectives, 1998, p.445

Deluz S., « Les nouvelles règles européennes de la concurrence », MTP, 28 février 2003, p.84

Dereu Y., « Réflexion sur les qualifications données à certains types de sociétés », Joly, 1998, p.607,

Derrupé J., « Société en participation », *Jurisclasseurs Sociétés Traité*, fasc 44-A n° 35 et suivants

Desbois Y., « La fiscalité de la livraison d'unités clés en mains à l'étranger en joint venture », Droit Fiscal, 2011, 398

Desmorieux E. , « Société de fait, société en participation, société créée de fait : attention à la distinction », Petites Affiches, 6 janvier 1999, n°4, p.7

Didier P., « Le consentement sans l’échange ; le contrat de société », in *L’échange des consentements*, RJ Com, n° spéc., novembre 1995, p.74

Didier P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L’avenir du droit*, Mélanges E. Terré, 1999, p.635

Diener P., « Ethique et droit des affaires », D 1993 chronique 17

Dupouy C., « La comptabilité des sociétés en participation », Revue des Sociétés, 1979, p.753

Ducouloux-Favard C., « Les déviances de gestion dans nos grandes entreprises », D 1996 chronique 190

Ducouloux-Favard C., « Notes de leçon sur le contrat social », D 1997 chronique 319

Edinger P. et Ardouin C., « La responsabilité du chef de file d’un pool bancaire : devoir d’information – obligation de loyauté », Gaz. Pal., 2003.I n° 221

Ferrier D. et Biancone K., « L’Autorité de la concurrence (après la loi du 4 août 2008 et l’ordonnance du 13 novembre 2008) », D 2009.1031

Foyer J., « La réforme du titre IX du livre III du Code civil », Revue des Sociétés, 1978, p.1

Frison-Roche M.-A., « Le modèle de marché », in *Droit et esthétique,* APD (Archives de philosophie du droit), tome 40, Sirey, 1995, p.286

Frison-Roche M.-A., « Concurrence et contrat », in *Colloques et activités de formation*, Cour de cassation, 2004

Garcia A., « L’investissement à l’étranger et la pratique des joint-ventures internationales », in *Les joint-ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des entreprises internationales*, GLN Joly Editions, 1992, n°9

Garçon J.-P., « Le concept trompeur de transformation d’une société de fait en société de droit », Joly, 2010, n°22

Garnier T., note sous CA Paris 25 avril 2000, Joly Bourse, 2000, p.449

de Gaudemaris M., « Théorie de l’apparence et sociétés », Revue des Sociétés, 1991, p.465

Gaveau D. « La société en participation », Actes Pratiques, Droit des Sociétés, Editions techniques, 1994, n°16, p.13

Geisenberger B. , « GIE et sociétés de fait », Revue des Sociétés, 1971, p.339

Ghestin J., «Le contrat en tant qu’échange économique » Revue d’économie industrielle, 2000, n°92

Gibirila D., « L’obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », Defrénois, 1998, p.625

Glaudet P., « Le Code Napoléon, fondateur de la Nation Française », Defrénois, 2004, p.621

Goffaux-Callebaut G., « La définition de l'intérêt social – retour sur la notion après les évolutions législatives récentes »,RTC Com, 2004, p.35

Gounot E., « La liberté des contrats et ses justes limites », Semaines sociales de France, 1938

Goyet C., « L'article 1872-1 du Code civil s'applique-t-il aux situations informelles ? », D1998 chronique 37

Guirec-Raffray J. « Tontine et société », JCP,1988.I.3327

Guyénot J., « Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi n° 78-9 du 24 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil » Gaz. Pal., du 25 juillet 1978, p.386

Guyénot J., « Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait », D 1979 chronique 155

Guyénot J., « Le régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du Code civil », Gaz. Pal., 1979.I.620

Hallouin J-Cl., « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaire », JCP, Ed. E., 1989, 15416

Halpérin J.-L., « Profils des mondialisations du droit », D 2009.1464

Hamel J., « L'affectio societatis », RTD Civ, 1925, p.761

Hamel J., « La personnalité morale et ses limites », DS, 1949.I.141

Hassler T., « L'intérêt commun », RTD Com, 1984, p.581

Houard P., « Les pools d'investissements ; moyen moderne de mobilisation de l'épargne privée », Revue des Sociétés, 1970, p.81

Jadaud B., « Sociétés créées de fait et société en participation », Defrénois, 1983, p.417

Jeantin M., « Commentaire de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d' exercice libéral », JCP, Ed. E., 1991, 213 n° 51

JMD, « Les cinq groupes français se sont regroupés au sein d'un GIE : Transmanche Construction », Les Petites Affiches, 20 septembre 1994, p.4

Kling D., « La nouvelle méthodologie des comptes consolidés », Les Petites Affiches, 10 décembre 1999, p.10

Kovar J.-Ph., « Une nouvelle décision de la commission des sanctions apporte d'utiles précisions sur la procédure disciplinaire devant l'ACP », 19 décembre 2012, , www.revue-banque.fr

Lamarche T., « La notion d'entreprise », RTD Com, 2006, p.709

Le Cannu P., « La transformation et les tiers », Joly, 2010, n°83

Lecourt B., « Avenir du droit européen des sociétés : la Commission européenne lance une vaste consultation publique », Revue des Sociétés, 2012, p.323

Levet-Veyrier S., « S comme société en participation », MTP, n°5192 du 30 mai 2003, p.133

Luby M. et Marmisse A., « Droit européen des affaires – les politiques communes – droit des sociétés », RTD Com, 2004, p.180

Lucas F.-X. et Parot J.-C., « La transformation des sociétés. Aspects juridiques et fiscaux », Actes prat.ing. Sociétaire, n°71, septembre – octobre 2003, p.6

Lucas F.-X., « La société dite « créée de fait » », in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, *Aspects actuels du droit des affaires,* Dalloz, juin 2003, p.737

Ledan J. « Nouveau regard sur la notion d'associé », Droit des sociétés, 2010, n°14

Lucas F.-X., « La société dite « créée de fait » », in Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, *Aspects actuels du droit des affaires,* Dalloz, juin 2003

Mainguy D., « Première approche : place du droit de la concurrence dans le droit privé », JCP Cahiers du droit de l'entreprise, 2000, n°3, p.4

Martin D., « Les pouvoirs des gérants de sociétés de personnes », RTD Com, 1973, p.185

Martine E.-N. , « Les problèmes de qualification à propos des sociétés en participation », RTD Com, 1959, p.41

Mazan J.-Y. et Samson R., « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », Defrénois, 2009, n°38905, p.481

Menjucq M., « La société européenne (règlement CE n°215/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 », Revue des Sociétés, 2002, p.225

Mestre J., « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier, 1985

Michon J., « Dévolution des marchés publics : lots séparés ou entreprise générale, un choix difficile », MTP, n°4996 du 27 août 1999, p.30

Michon J., « Constituer un groupement », MTP, n°5018 du 28 janvier 2000, p.188

Michon J., « Marchés privés et publics, conseils pour former un groupement d'entreprises », MTP, n°5059 du 10 novembre 2000, p.94

Moretti P., « Règles applicables à la liquidation des sociétés en participation à caractère commercial », note sous Cass Com 29 novembre 1988, Petites Affiches, 6 mars 1989, p.2

Mullenbach J.-L., « Les comptes consolidés et le législateur français », Les Petites Affiches, 10 décembre 1999, p.23

Muniesa L. et Garcia-Rosado E., « Revue de la Concurrence et de la Consommation », Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, n°131, janvier – février 2003, p.11

Notté G., « Les clauses dites de garantie de passif dans les cessions de droits sociaux », JCP, 1985.I.3193
Paillet V.E., « L'activité de la société en formation », Revue des sociétés, 1980, p.489
Paillusseau J., « Le droit moderne de la personnalité morale », RDT Civ, 1993, p.705
Paillusseau J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », D 1999 chronique 157
Paulis E. et Gauer ., « Journal des tribunaux », Droit Européen, mars 2003, p.65
Pellerin J., « La personnalité morale et les formes de groupements volontaires de droit privé », RTD Com, 1981, p. 471
Peltier F., Regnault-Moutier C. et Couret A. « L'apport d'actions à une société en participation », Droit des Sociétés, Actes Pratiques, 1994, n°18, p.3
Petel P., « La révélation aux tiers de la société en participation » JCP, Ed. E., 1987.I. 16369
Petit N., « L'actualité du droit national des pratiques anticoncurrentielles », Contrats, Concurrence, Consommation, juin 2011, p.11
Picand-L'Amezec A., « L'obligation des associés en participation envers les tiers », Revue des Sociétés, 1990, p.567
Pillebout J.-F., « Les surprises de la tontine », Conseils des notaires, avril 2010, n°392
Pollot-Peruzzetto S., « Droit européen des affaires – la politique de la concurrence », note sous CJCE 13 décembre 2000 Carbonate de soude / Solvay, RTD Com, 2003, p.393
Prieur J., « Introduction », dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.3
Prieur J., « Le régime juridique et fiscal » dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.3
Prieur J., « Le patrimoine de la SEP » dans le dossier « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril, 2004 p.3
Prieur J., de Lassus S., Caye J., de Pariente D. et Lenhof J.-B., « La société en participation : société holding », Actes Pratiques – Sociétés – Editions du Jurisclasseur, mars/avril 2004, p.3
Revel C., « Le droit, un outil immatériel dans la compétition internationale », D 2008.1672
Riassetto I.., « Société en participation », Jurisclasseur Civil, articles 1871 à 1873, 2005
Riassetto I., « Typologie des transformations », Joly ,2010, n°80
Richard J., à propos des conventions de croupier, JCP, Ed. N., 1987.I.p.245
Renault C.-E., « Les conséquences de la liquidation judiciaire des sociétés de production audiovisuelle », Gaz. Pal., 13 mai 2003, n°133, p.17

Ronchevsky N., « Mondialiation et droit pénal économique », Les Affiches Moniteur, 18 janvier 2002, p.1

Ronchevsky N., « L'utilisation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés, en droit pénal et en droit boursier », Les Affiches Moniteur 26 janvier 2010, p.1

Rouast A., « Le respect des engagements librement consentis et le contrat dirigé », Semaines Sociales de France, 1938, p.342

Rouast-Bertier P., « Société fictive et simulation », Revue des Sociétés, 1993, p.725

R.Q., « Nouvelle directive anti-blanchiement – colère des avocats français », Les Affiches Moniteur, 1er décembre 2009, p.5

Saint-Alary-Houin C., « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », RTD Com, 1979, p.645

Saintourens B., « Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques », Defrénois, 2001, p.1465

Schmidt D., « Les opérations de portage de titres de sociétés » in *Les opérations financières : colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984*, Feduci, LGDJ,1985

Schmidt D., « De l'intérêt commun des associés », JCP, Ed. E., 1994, 440

Schmidt D., « Rapport de synthèse », in *Cahiers de droit de l'entreprise,* Semaine juridique Ed. E., supplément 4/1996

Schmidt J., « Les aspects fiscaux de la réforme du droit des sociétés par la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 », Revue des Sociétés, 1979, p.17

Schwing A., « La nature juridique du droit de croupier », Revue des Sociétés, 1935, p.152

Soinne B., « L'entreprise et les lois de 1984 et 1985 », Revue des Procédures Collectives, 2002, p.19

Storck J.-P., « Le contrat de société en participation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridique*s, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.767

Storck J.-P., « Contraintes découlant pour les parties à un pool bancaire de la qualification de société en participation», JCP, Ed. E., 2001, 1677

Storck M., « Société en participation », Joly, Sociétés, 2-2011 ES120

Storck M., « L'indivision successorale et la transmission d'entreprise », Les Petites Affiches, 28 juin 2007, n°129, p.11

Storck P. et Rambaud Martel O., « Du contrat de société en participation », note sous Cass Com 23 octobre 2007, Les Petites Affiches, 8 juillet 2008, n°136, p.15

Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ, 1997, p.357

Vion M., « Bref aperçu de la loi du 4 janvier 1978 relative au contrat de société, à la société civile et à la société en participation », Defrénois, 1978, p.961, n°207

Weber-Rey D., « La société privée européenne », D 2008.2848

Urbain-Parléani I., « Convention de croupier et société en participation », Revue des Sociétés, 1999, p.753

Valadon J.-P., « La société en participation, mode d'emploi », L'Entreprise, Octobre 1999, p.183

Vivant M., « Cybermonde. Droit et droits des réseaux », JCP, 1996.I. 3969

Wilhelm P. et Lorieul V., « Etude du nouveau paquet restrictions horizontales », Contrats, Concurrence, Consommation, 2011 p.7

B Gestion – management

Beaucourt C., « La dimension symbolique des configurations organisationnelles », Revue Française de Gestion, janvier-février 1996, p.121

Blanchot F., « Modélisation du choix du partenariat », Revue Française de Gestion, juillet – août 1997, p.68

Claverie B., « Les choix stratégiques : les stratégies inter-entreprises », in *Les stratégies d'entreprises,* Cahiers Français, La Documentation Française, mars – avril 1996, p.100

Coase R., H., « The nature of the firm », 4 novembre 1937, publié à la Revue Française d'Economie,1987

Courpasson D., « Le changement politique », Revue Française de Gestion, septembre - octobre 1998, p.6

Desreumaux A., « Nouvelles formes d'organisation et évolution de l'entreprise », Revue Française de Gestion, janvier - février 1996, p.86

Dussauge P. et Garrette B., « Anticiper les conséquences des alliances stratégiques », Revue Française de Gestion, juillet-août 1997, p.106

Garrette B., « Alliances et partenariats, vingt ans après », Revue Française de Gestion, juin - juillet 1997, p.64

Giard V., « De nouvelles formes d'organisation pour l'entreprise – gestion et management de projets », in *Management et organisation des entreprises*, Cahiers Français, La Documentation Française, juillet – septembre 1998, p.32

Hattmer-Lefèvre S. « Ces drôles de bêtes enfantées par les fusions », Le Nouvel Economiste, n°1118

Hernandez E.-M. et Marco L., « L'entrepreneuriat et les théories de la firme », Revue Française de Gestion, 15 janvier 2003, p.1

Keizer B., « Mutations et nouvelles stratégies financières – les banques face aux risques », in B*anques et Assurances*, Cahiers Français, La Documentation Française, juillet – septembre 1991, p.54

Leroy D., « Le management par projets : entre mythes et réalités », Revue Française de Gestion, janvier-février 1996, p. 109

Louart P., « L'apparente révolution des formes organisationnelles », Revue Française de Gestion, janvier-février 1996, p.74

Marchessay M., « La convention, un outil de gestion », Revue Française de Gestion, janvier – février 1997, p.114

Mayrhoffer U., « La gestion des risques et le choix entre une fusion – acquisition et une alliance coopérative », publication du CESAG, Strasbourg, août 2000

Mbengue A., « Le fonctionnement dual des organisations », Revue Française de Gestion, juillet-août 1997, p.27

Quélin B., « Externalisation stratégique et partenariat : de la firme patrimoniale à la firme contractuelle ? », Revue Française de Gestion, 2003, n°143

Schevin P. « Les aspects juridiques de l'organisation financière : les cas du pooling et du netting », RFC 23 mars 1992, p.39

Simon H.-A., « Rational decision making in business orgnizations », American Economic Review 1979, n°4, p.493 à 513

Urban S., « Les rapprochements d'entreprises entre Europe Occidentale et Europe Centre Orientale. Quelques réflexions stratégiques et données empiriques », publication du CESAG, Strasbourg, juillet 2000

Urban S. et Mayrhoffer U., « Les stratégies de rapprochement des entreprises françaises et allemandes en Europe : tendances et perspectives », publication du CESAG, Strasbourg, janvier 1999

Urban S., Mayrhoffer U.et Nanopoulos P., « Rapprochements d'entreprises et cadre juridique : pour une Sarl européenne », publication du CESAG, Strasbourg, octobre 1997

Alternatives Economiques de septembre 1998, « Fonds de pension, entreprises-réseaux…Le nouveau pouvoir économique », p.30, notamment p.37

G.B., « Une petite révolution », Alternatives économiques, septembre 2008 p.21

Enjeux Les Echos, numéro spécial : « La course contre le temps », juillet-août 2001 :

- Klein E., « L'idéologie de l'urgence traduit notre incapacité à penser le futur », p. 111
- Lenglet F., « Mouvement perpétuel », p. 9
- Salmon J.-M., « Un monde à grande vitesse », p. 110
- S.L., « Les lieux où le temps s'accélère », p. 79
- Virard M.-P., « La course contre le temps », p. 48

Enjeux Les Echos, mai 2003 :

- Vincent C., « Les entreprises françaises gardent le cap sur l'international », in dossier « La mondialisation à bout de souffle ? », p. 63

Huchet J.-F., « Il ne faut pas avoir peur du péril jaune. La Chine a des années de retard », Enjeux Les Echos, novembre 2003, p.144

Fan Gang, directeur de l'Institut National de Recherche Economique à Pékin, Enjeux Les Echos, mars 2004, p.86

Bernard C., « Quand la Chine high-tech se réveille », Enjeux Les Echos, mai 2004 p.57

Chevallard L., « Le nouveau groupe Eurotunnel entre en Bourse aujourd'hui », Les Echos, 2 juillet 2007

De Meyer K., « La Commission européenne proroge jusqu'en 2009 le régime des aides au cinéma », Les Echos, 11 juin 2007

Penner-Hahn, « L'art de la stratégie : pourquoi les activités de R&D s'internationalisent », in dossier *L'art du Management,* Les Echos, 2005

L'Essentiel du Management, « Joint-venture (alliance d'entreprises sous forme d'une filiale commun », mai 1997

Bozon C., « Des contrats de plus en plus durs pour les grands chantiers », Usine Nouvelle, n°2341, 28 septembre 1991

Usine Nouvelle, « Ces réseaux qui font bouger la France », 25 mars 1999

Usine Nouvelle, « Quand les concurrents prétendent acheter en commun », 16 mars 2000 n°2725

IV Notes et conclusions

Allegeart V., note sous Cass Com 13 janvier 2009, Joly, 2009, n°87

APS, note sous CA Rouen 6 novembre 1980, Gaz. Pal., 1981, p.249

Arrighi J.-P., note sous CA Rouen 22 novembre 1995, JCP, Ed. E., 1997, 992

Artel P., « Les sanctions des pratiques anti-concurrentielles », note sous TPICE 14 mai 1998 Europa Carton A.G., Les Petites Affiches, 22 mars 1999, p.9

Auroy N., note sous Cass Civ 1ère 20 janvier 2010, D 2010.525

Autesserre J., note sous CA Poitiers 11 mai 1960, S 1961.114

Baillod R., note sous Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Revue des Sociétés, 1998, p.71

Baillod R., note sous Cass Com 8 février 2002, Joly, 2000, p.661

Barbieri J.-F., note sous CA Paris 3 avril 1992, Joly, 1992, p.669

Barbieri J.-F., note sous Cass Com 14 juin 1994, Joly, 1994, n°1003

Barbieri J.-F., note sous Cass Com 15 novembre 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.33

Barbieri J.-F., note sous Cass Com 27 février 1996, Revue des Sociétés, 1996, p. 549

Barbieri J.-F., note sous Cass Com 31 janvier 2012, Joly, 2012, n°179

Bastian D., note sous Crim 27 mai 1942, JCP, 1943.I.2259

Bastian D., note sous Cass Com 13 juillet 1948, JCP, 1949. II. 4938

Behar-Touchais M., note sous Ass Plen 26 juin 2001 JCP Ed E 2001, 617

Boitard M., note sous CA Lyon 13 juin 1960 JCP 1961.II.12103

Bonneau T., note sous CA Paris 4 juin 1991, Droit des Sociétés, 1992, n° 1

Bonneau T., note sous CA Poitiers 5 février 1992, Droit des Sociétés, 1992, n°248

Bonneau T., note sous Cass Com 12 novembre 1992, sur pourvoi de CA Paris 29 octobre 1990, Droit des Sociétés, 1993, n° 3

Bonneau T., note sous Cass Com 15 février 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°185

Bonneau T., note sous Cass Com 8 mars 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°109

Bonneau T., note sous CA Paris 25 mars 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°110

Bonneau T., note sous Cass Com 14 juin 1994, Droit des Sociétés, 1994, n°186

Bonneau T., note sous Cass Com 15 novembre 1994, Droit des Sociétés, 1995, n°23

Bonneau T., note sous Cass. Civ. 1ère 18 juillet 1995, Droit des Sociétés, 1995, n° 207

Bonneau T., note sous Cass Civ 1ère 30 janvier 1996, Droit des Sociétés, 1996, n°72

Bonneau T., note sous Cass Civ 1ère 15 octobre 1996, Droit des Sociétés, 1997, p.6

Bonneau T., note sous Cass Com 26 novembre 1996, Droit des Sociétés, 1996, n°25

Bonneau T., note sous Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Droit des Sociétés, 1997, p.170

Bonneau T., note sous CA Paris 4 avril 1997, Droit des Sociétés, 1997, n°120
Bonneau T., note sous Cass Com 13 janvier 1998, Droit des Sociétés, 1998, n°75
Bouloc B., note sous Cass Com 22 mai 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.66
Bouloc B., note sous Cass Com 21 octobre 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.205
Bouloc B., note sous CA Rouen 23 avril 1971, D 1972 jurisprudence 676
Bouloc B., note sous Cass Com 15 mai 1973, D1974 jur.418
Burst J.-J., note sous CA Colmar 17 avril 1974, JCP, 1974.II.17832
Cabrillac M. et Petel P., note sous CA Versailles 23 juin 1988, JCP, Ed. E., 1989.15591 n°12
Calais-Auloy J., note sous CA Montpellier 29 octobre 1959, D 1960,159
Calais-Auloy J., note sous TGI Digne 19 juin 1986, Revue des Sociétés, 1987, p.75
Calendini J.-M., note sous Cass Com 15 janvier 1991, Joly, 1991, p.395
Caussain J.-J. et Viandier A., note sous Cass Com 15 juillet 1987, JCP, Ed. E., 1987, n°16959
Champaud C., note sous Cass Com 23 janvier 1990, RTD Com, 1991, p.398
Champaud C. et Danet D., note sous CA Paris 24 septembre 1991, RTD Com, 1992, p .808
Champaud C. et Danet D., note sous CA Paris 12 novembre 1991, RTD Com, 1992, p. 812
Champaud C. et Danet D., note sous CA Versailles 4 novembre 1993, RTD Com 1994, p.287
Champaud C. et Danet D., note sous CA Bastia et Cass Civ 1° 18 juillet 1995, RTD Com, 1995, p. 776
Champaud C. et Danet D., note sous CA Versailles 6 juin 1996, RTD Com, 1997, p.279
Champaud C. et Danet D., note sous CA Paris 8 septembre 1998, RTD Com, 1998, p.870
Champaud C. et Danet D., note sous CA Paris 16 févier 2001, RTD Com, 2001, p.462
Champaud C. et Le Floch P., note sous CA Paris 21 février 1986, RTD Com, p. 67
Champaud C. et Le Floch P., note sous Cass Com 15 juillet 1987, RTD Com, 1988, p.67
Champaud C. et Le Floch P., note sous CA Paris 12 novembre 1991, RTD Com, 1992, p.812
Chappert A., note sous Cass Com 22 mars 1988, Defrénois, 1988, p.1074
Chappert A., note sous Cass Com 8 janvier 1991, Defrénois, 1993, p.436
Chaput Y., note sous CA Chambéry 3 novembre 1986, Revue des Procédures Collectives, 1987, n°3, p.8
Chaput Y., note sous Cass Com 15 juin 1993, Joly, 1993, p.1262
Chaput Y., note sous CA Paris 30 janvier 1997, Droit des Sociétés, 1997, n°109
Chartier Y., note sous Cass Com 19 janvier 1981, JCP, 1981.II.19816
Chartier Y., note sous Cass Com 9 et 16 novembre 1981, Revue des Sociétés, 1983, p.91
Chartier Y., note sous Cass. Com. 3 mai 1984, Revue des Sociétés, 1985, p. 87
Colonna d'Istria A., note sous CAA Paris 13 mai 1993 n°91PA00193, Joly, 1993, p.795

Coquelet M.-L., note sous Cass Com 6 juillet 2010, Droit des Sociétés, 2010, n°175
Coquelet M.-L., note sous Cass Civ 1[ère] 20 janvier 2010, Droit des Sociétés, 2010, n°83
Cozian M. et Mingat A., note sous Cass Com 26 novembre 1996, JCP, Ed. E., 1997, 639
Credot F.J. et Gérard Y., note sous CA Paris 7 décembre 1993, Revue de Droit Bancaire et de la Bourse, mai-juin 1994, n°43
Cuisance A., note sous Cass Com 21 avril 1992, Joly, 1992, p.666
Daigre J .-J., note sous CA Paris 26 juin 1992, Joly ,1992, p.1104
Daigre J .-J., note sous CA Paris 30 octobre 1992, Joly, 1993, n°27, p.1104
Daigre J .-J., note sous CA Paris 22 janvier 1997, Joly,1997, p.579
Daigre J.-J., note sous CA Paris 4 avril 1997, Joly, 1997, p.670
Daigre J .-J., note sous Cass Civ 1[ère] 16 juillet 1997, Joly, 1997, p.992
Daigre J .-J., note sous Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99
Daigre J.-J., note sous CA Versailles 11 décembre 1997, Joly, 1998, p.259
Daigre J.-J., note sous CA Paris 3 novembre 1998, JCP, Ed. E., 1999, 1197
Daigre J .-J., note sous CA Paris 26 février 1999, Joly, 1999, p.695
Daigre J .-J., note sous Cass Com 5 octobre 1999, Joly, 2000, p.215
Daigre J .-J., note sous CA Paris 11 février 2000, Joly, 2000, p.567
Daigre J.-J., note sous Cass Com 30 janvier 2001, Joly, 2001, p.521
Daigre J.-J., note sous CA Versailles 17 mars 2000, Joly, 2000, p.845
Daigre J.-J., note sous Cass Civ 1[ère] 19 avril 2005, Joly, 2005, n°281, p.1276
Daigre J.-J., note sous CA Pau 25 octobre 2005, Joly, 2006, n°78, p.389
Dannenberger F. note sous CA Colmar 18 mars 2008, Joly, 2008, n°128
Daverat X., note sous CA Paris 17 mai 1991, Joly,1991, n°298, p. 830
Daverat X., note sous Cass Soc 31 octobre 1991, D 1992 jurisprudence 490
David C., note sous Cass Com 11 février 1985, Revue des Sociétés, 1986, p.263
Deboissy F. note sous CA Chamberry 18 juin 2002, RTD Com, 2003, p.190
Dekeuwer-Defossez F., note sous Cass Com 18 mai 1981, Revue des Sociétés, 1982, p.854
Dekeuwer-Defossez F., note sous Cass Com 7 décembre 1981 et 26 octobre 1981, Revue des sociétés, 1982, p.858
Dekeuwer-Defossez F., note sous Cass Com 18 mai 1991, Revue des Sociétés, 1982, p.854
Dereu Y., note sous Cass Civ 1[ère] 12 mai 2004, Joly, 2004, p.1284
Derrida F., note sous CA Aix-en-Provence 3 septembre 1976, D 1976 IR 131
Derrida F., note sous Cass Com 12 janvier 1979, D 1979 IR 372
Derrida F., note sous TGI Digne 19 juin 1985, D 1986 IR 10

Derruppé J., note sous CA Paris 29 octobre 1990, Joly, 1991, p.46

Desmorieux E., note sous CAA Paris 30 avril 1998, Joly, 1999, p.588

Desmorieux E., note sous CAA Paris 30 décembre 1998 « Twist again in Moscou », Joly, 1999, p.588

Desmorieux E., note sous CE 21 avril 2000 SA Danone, , Joly, 2000, p.745

Desmorieux E., note sous CE 29 janvier 2003 SA Trois Suisses, Joly, 2003, n°149, p.697

Deverat X. note sous Cass Soc 31 octobre 1991, D1992 J490

Deverat X. note sous CA Paris 17 mai 1991, Joly, 1991, n°298, p.830

DF, note sous CAA Lyon 6 avril 1995 n°93LY01361, 93LY01362, 93LY01432, 93LY01433 et 93LY01434, JCP,, Ed. E., 1995.II.737

Didier P., note sous Cass Com 7 octobre 1986 et TGI de Dignes 6 novembre 1985, Revue des Procédures Collectives, 1987, p.28

Didier P., note sous Cass Com 15 juillet 1987, Revue des Sociétés, 1988, p.70

Dondero B., note sous Cass Com 6 mai 2008, D2008 . 2113

Dondero B., note sous Cass Civ 2ème 22 mai 2008, Joly, 2008, n°183

Dondero B., note sous Cass Com 21 février 2012, Revue des Sociétés, 2012, p.557

Eckert G., « Contrats de partenariat et droit constitutionnel », note sous Conseil constitutionnel 2 décembre 2004, Contrats et marchés publics, 2005, comm. 4

Etain P., note sous Cass Com 21 janvier 1997, Les Petites Affiches, 11 février 1999, n°30, p.15

Faugérolas L., note sous Cass Com 20 janvier 1987, Joly, 1987, p.94

Ferrrier N., note sous Cass Crim 13 octobre 2009, Joly, 2010, n°41

Fieschi-vinet P., note sous Cass Com 1er décembre 1981, JCP, 1983.II.19976

Fouquet O., commissaire du gouvernement, note sous CE 27 janvier 1986 Les porcelaines de Limoges Castel, Joly, 1986, p.255

Fouquet O., commissaire du gouvernement, note sous CE 18 novembre 1991 n° de pourvoi 92600, RJF, ,1/92 p.8

Garaud ., note sous CA Paris 4 avril 1997, Joly, 1997, p.681

Garçon J.-P. note sous CA Paris 27 février 2008, Joly, 2008, n°150

Garé T., note sous Cass Civ 1ère 11 février 1997, JCP, 1997.II.22820

Garnier T., note sous CA Paris 25 avril 2000, Joly Bourse, 2000, p.449

Gavalda C. et Stoufflet J., note sous CA Paris 21 novembre 1990, JCP, Ed. E., 1992, 154

Gegout, conclusion pour Cass Com 24 octobre 1966, JCP, 1967.II.15099

Gibirila D., note sous Cass Com 7 avril 1992, Les Petites Affiches, 10 décembre 1993, p.143

Gibirila D., note sous Cass Com 1er octobre 1996, JCP, 1997.II. 22825
Gibirila D., note sous Cass Com 26 novembre 1996, JCP, 1997.II. 22904
Gibirila D., note sous Cass Com 16 juin 1998, Defrénois, 1999, p.415
Goré F., note sous CA Lyon 13 juin 1960, D 1961 jurisprudence 148
Guilberteau M., note sous Cass Com 19 janvier 1981, Revue des Sociétés, 1981, p.796
Guirec-Raffray J. note sous CA Paris 4 juin 1991, Joly, 1991, p. 835
Guyon Y., note sous TCo Paris 23 février 1979, JCP, 1970.II.16335
Guyon Y., note sous CA Paris 29 avril 1986, Revue des Sociétés, 1986, p.459
Guyon Y., note sous Cass Com 3 juin 1986, Revue des Sociétés, 1986, p.585
Guyon Y., note sous Cass Com 10 mars 1987, JCP,1987.II. 20830
Guyon Y., note sous Cass Civ 1ère 2 juin 1987, Revue des société, 1987, p.437
Guyon Y., note sous CA Paris 12 mars 1992, Revue des Sociétés, 1997, p.797
Guyon Y., note sous CA Paris 29 mai 1992, Revue des Sociétés, 1992, p.797
Guyon Y., note sous Cass Com 12 novembre 1992, sur pourvoi de CA Paris 29 octobre 1990, JCP, 1993.II.22039
Guyon Y., note sous CA Besançon 18 mai 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.112
Guyon Y., note sous CA Paris 14 décembre 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.368
Guyon Y., note sous CA Paris 30 janvier 1997, Revue des Sociétés, 1997, p.182
Guyon Y., note sous CA Paris 6 juin 2000, Revue des Sociétés, 2000, p.590
Guyon Y., note sous CA Paris 30 novembre 2001, Revue des Sociétés, 2002, p.91
Hallouin J.C., note sous Cass Com 1er octobre 1996, D 1996 sommaire 230
Hallouin J.C., note sous Cass Com 26 novembre 1996, D 1997 sommaire 230
Hallouin J.-C., note sous Cass Com 17 janvier 1997, D97 sommaire 232
Hallouin J.-C., note sous Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, D1998, sommaire 391
Hannoun C., note sous Cass Com 26 février 2008, Joly 2008, n°129
Hassler T., note sous CA Paris 16 novembre 1989, D 1990 sommaire P.287
Hassler T., note sous CA Versailles 4 novembre 1993, D 1994 sommaire 277
Hassler T., note sous CA Paris 1er février 1995, D 1995 sommaire 70
Hassler T., note sous CA Paris 4 juillet 1995, D 1995 sommaire 75
Hémard J., note sous Cass Req. 8 janvier 1946, JCP, 1946. II.3053
Hémard J. et Bouloc B. note sous Cass Crim 20 mai 1985, RDT Com, 1986, p.292
Honorat J., note sous Cass Com 17 novembre 1970, D 1971 jurisprudence 206
Honorat J., note sous Cass Com 16 décembre 1975, Revue des Sociétés, 1976, p.502

Honorat J., note sous CA Paris 21 février 1986, RTD Com, 1986, p.1349, D 1986 jurisprudence 548

Honorat J., note sous Cass Com 15 juillet 1987, Defrénois, 1988, p.609

Honorat J., note sous Cass Com 3 novembre 1989, Defrénois, 1989, p.87

Honorat J., note sous Cass Com 26 novembre 1996, Defrénois, 1997, p.667

Honorat J., note sous Cass Civ 1ère 25 janvier 2000, Defrénois, 2000, p.500

Honorat J., note sous Cass Com 9 octobre 2001, Defrénois, 2002, p.620

Honorat J., note sous Cass Civ 3° 7 mai 2003, Defrénois, 2004, p.982

Honorat J. et Hovasse H. note sous Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Defrénois, 1998, p.669

Houin R., note sous CA Paris 20 janv ier 1971, RTD Com, 1972, n°13, p.477

Jeantin M., note sous Cass Com 12 octobre 1993, Joly, 1993, p.1265

Jeantin M., note sous Cass Com 12 novembre 1992, sur pourvoi de CA Paris 29 octobre 1990, Joly, 1993, p.561

J.H., note sous Cass Com 2 juillet 1969, Revue des Sociétés, 1970, p.274

J.H., note sous Cass Com 17 novembre 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.533

J.H., note sous CA Rouen 23 avril 1971, Revue des Sociétés, 1971, p.572

J.H., note sous CA Paris 25 février 1972, Revue des Sociétés, 1972, p.471

de Juglart M., note sous Cass Com 19 octobre 1959, JCP, 1960.II.11432

Kovar J.-Ph., « Pouvoir de sanction », note sous ACP 27 novembre 2012, 4 février 2013, www.revue-banque.fr

Le Cannu P., note sous Cass Com 21 juin 1988, Joly, 1988, p.689

Le Caanu P., note sous Cass Com 29 novembre 1988, Revue des Sociétés, 1989, p.65

Le Cannu P., note sous Cass Com 11 juillet 1988, Joly, 1988, p.609

Le Cannu P., note sous Cass Com 29 novembre 1988, Revue des Sociétés, 1989, p.65

Le Cannu P., note sous CA Bordeaux 14 mai 1990, Revue des Sociétés, 1990, p. 591

Le Cannu P., note sous Cass Civ 1ère 29 octobre 1990, Joly, 1990, p.1052

Le Cannu P., note sous Cass Com 20 novembre 1990, Joly, 1991, p.204

Le Cannu P., note sous Cass Com 18 juin 1991, Defrénois, 1991, p.1340

Le Cannu P., note sous Cass Com 12 novembre 1992, sur pourvoi de CA Paris 29 octobre 1990, Revue des Sociétés, 1993, p.561

Le Cannu P., note sous Cass Com 12 juillet 1993, Joly, 1993, p.1010

Le Cannu P., note sous CA Paris 8 avril 1994, Joly, 1994, p.668

Le Cannu P., note sous Cass Com 14 juin 1994, JCP,Ed. E., 1995.I.14

Le Cannu P., note sous CA Versailles 7 décembre 1995, Joly, 1996, p.308

Le Cannu P., note sous Cass Com 1er décembre 1996, Joly, 1996, n°382, p.1052
Le Cannu P., note sous Cass Com 13 novembre 2001, Joly, 2001, p.619
Le Cannu P., note sous Cass Com 6 mai 2008, Joly, 2008, n°10
Le Cannu P., note sous Cass Com 6 mai 2008, Joly, 2008, n°163
Le Nabuque H., note sous Cass Com 30 mars 1993 et Cass Com 27 avril 1993, Joly, 1993, n°228, p.775
Lepoutre E., note sous CA Aix-en-Provence 26 septembre 1997, Joly, 1998, p.262
Levasseur G., note sous Cass Civ 28 janvier 1954, D1954. 217
Lienhard A., note sous Cass Com 6 mai 2008, D 2008.1408
Lienhard A., note sous Cass Com 30 juin 2009, D 2009.1886
Libacher R., note sous Cass Com 15 février 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.521
Lucas F.-X., note sous Cass Com 4 décembre 2001, JCP, Ed. E., 2002, 594
Lucas F.-X., note sous Cass Com 10 juillet 2007, Joly, 2008, n°13
Jeantin M., note sous Cass. Com. 12 octobre 1993, Joly, 1993, p. 1265
Marteau-Petit M., note sous T. Com Paris 2 mai 1989, JCP, 1990. II .21575
Martin R., note sous CA Paris 22 janvier 1997, JCP, 1997.II.22971
Merville A.-D., note sous ACP 10 janvier 2011 Caisse de crédit municipal de Toulon, Joly Bourse 2011, p.318
Milhac O., note sous Cass Civ 1ère 15 octobre 1996, Defrénois, 1997, p.923
Moretti P., note sous Cass Com 15 juillet 1987, Les Petites Affiches, 5 octobre 1987
Mousseron P., note sous Cass Com 12 février 2008, Joly, 2008, n°139
Mousseron P. note sous Cass Com 17 novembre 2009, Joly, 2009, n°71
Nouel C., note sous CE 27 juillet 2001 n° de pourvoi 211313, Joly, 2002, p.120
Nouel C., note sous CE 10 avril 2002 n° de pourvoi 226886, Joly, 2002, p.811
Parot J.-C., note sous CE 14 janvier 2002 n° de pourvoi 204573, Joly, 2002, n°163, p. 721
Parot J.-C., note sous CE 9 juillet 2003 n° de pourvoi 230116, Joly, 2004, p.107
Pasqualini F. et Pasqualini-Salerno V., note sous Cass Com 26 novembre 1996, Revue des Sociétés, 1997, p.357
Petel P., note sous Cass Com 15 juillet 1987, JCP, 1988.II. 20958
Philippe C., note sous Cass Civ 1ère 13 novembre 1980, Revue des sociétés, 1981, p. 788
Philippe C., note sous CA Paris 2 février 1983, Revue des Sociétés, 1984, p.542
Pierre J.-L., note sous CAA Nantes 27 octobre 1998, Droit des sociétés, 1999, n°108
Pillebout F., note sous Cass Civ 1ère 6 juillet 1982, JCP, 1983.II.19997
Pisani H., note sous CE 10 mai 1993 SARL Elite Management, Joly, 1993, p.799

Prieur J., note sous Cass Com 3 novembre 1989, Revue des Sociétés, 1990, p.242
Randoux D., note sous T Co Paris 12 mars 1979 et CA Paris 19 février 1979, Revue des Sociétés, 1980, p.283
Randoux D., note sous Cass Civ 1ère 25 mai 1982, Revue des Sociétés, 1983, p.333
Randoux D., note sous Cass Com 1er octobre 1996, Joly, 1997, p.40
Randoux D., note sous Cass Com 4 décembre 1998 affaire PPR, Revue des Sociétés, 1999, p.350
Racine P.-F., note sous CAA Pau 30 décembre 2005, Gaz. Pal., 9 novembre 2006, n°313, p.23
Reinhard Y. , note sous T Co Lyon 16 janvier 1984, Revue des Sociétés, 1984, p.536
Reinhard Y., note sous CA Lyon 20 décembre 1985, D 1986. jurisprudence 299
Reygrobellet A., note sous Cass Com 3 avril 2012, Revue des Sociétés, 2012, p. 688
Robine D., note sous Cass Com 6 juillet 2010, Joly, 2010, n°187
Rodière P., note sous CA Poitiers 11 mai 1960, RTD Com, 1961.91
Rodière P., note sous CA Riom 24 octobre 1962, D 1962 jurisprudence 767
Rodière P., note sous Cass Civ 1ère 20 juillet 1964, RTD Com, 1965 p.121
Rouquet Y., note sous Cass Com 16 octovbre 2007, D 2007 p.2736
Saintourens B., note sous CA Paris 20 décembre 1991, Joly, 1992, p.450
Saintourens B., note sous Cass Com 23 octobre 2007, Joly, 2008, n°27
Sarradin P. , note sous TGI Aix-en-Provence 9 novembre 1972, Revue des Sociétés, 1972, p.708
Saintourens B., note sous CA Paris 21 mars 1989, Joly, 1989, p.439
Saintourens B., note sous Cass Com 18 décembre 1990, Joly, 1991, p.236
Saintourens B., note sous Cass Com 15 novembre 1994, Joly, 1995, p.53
Saintourens B., note sous CA Paris 18 septembre 1999, Joly, 2000, p. 90
Saintourens B., note sous Cass Soc 25 octobre 2005, Joly, 2006, n°79, p.395
Savatier R., note sous CA Poitiers 11 mai 1960, D 1960 jurisprudence 40
Savatier R., note sous Cass Com 19 octobre 1959, D 1960 jurisprudence 205
Scholer P., note sous Cass Com 30 mai 2000, Joly, 2000, p. 1094
Serlooten P., note sous Cass Com 26 novembre 1996, Joly, 1997, n°50, p.149
Serlooten P., note sous Cass Com 26 mars 2002, Joly, 2002, n°188, p.837
Soinne B., note sous CA Douai 12 octobre 1995, Revue des Procédures Collectives, 1996. I p.98
Sortais J.-P., note sous Cass. Com. 17 mai 1989, Revue des Sociétés, 1990, p.32
Staes O., note sous Cass Com 3 juin 2008, Joly, 2008, n°184

Temple H., note sous Cass Com 16 décembre 1975, D 1978 jurisprudence 292
Thaller note sous Cass 1er mars 1886, D 1887 .165
Testu F.-X., note sous Cass Com 15 décembre 1998, D 1999.516
Vallansan J., note sous Cass Com 29 mars 1994, Joly, 1994, n°189, p.665
Vallansan J., note sous CA Paris 6 juin 1996, Joly,1996, p.1049
Vallansan J., note sous Cass Com 24 octobre 2000, Joly, 2001, p.79
Vallansan J., note sous CA Paris 1er décembre 1999, Joly, 2000, p.741
Vallansan J., note sous Cass Com 20 novembre 2001, Joly, 2002, n°59, p.277
Vallansan J., note sous Cass Com 27 février 2007, Joly, 2007, n°233
Vasseur M., note sous CA Paris 24 novembre 1989, D 1991 sommaire 37
Vasseur M., note sous CA Paris 5 mai 1997, D 1989 sommaire 323
Viandier A., note sous Cass Com 29 janvier 2008, JCP, Ed. E., 2008, 1550
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous CA Rouen 22 janvier 1992, JCP, Ed. E., 1993, 218 n°15
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous CA Paris 26 juin 1992, JCP, Ed. E., 1992, 172
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous CA Paris 26 juin 1992 JCP, Ed. E., 1992, 505
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous CA Bordeaux 14 décembre 1993, JCP, Ed. E., 1994, 392
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous Cass Com 8 mars 1994, JCP, Ed. E., 1994, 363
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous Cass Com 14 juin 1994, JCP, Ed. E., 1995, 14
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous CA Paris 16 juin 1995 JCP, Ed. E., 1995, 505
Viandier A. et Caussain J.-J., note sous Cass Civ 1° 18 juillet 1995, JCP, Ed. E., 1995, 505 n°5
Zein Y., note sous CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.432

V Jurisprudence – sans note

Classée par ordre et chronologiquement

CE 6 novembre 1968 n° de pourvoi 72233
CE 9 janvier 1976 n° de pourvoi 90350, 90353, 90355, 90351, 90352 et 90356
CE 21 février 1979 SOCOFREIN RFA 1979 n°213
CE 13 juillet 1979 n° de pourvoi 05763, conclusions Laprade M., RJF, 10/1979, n°567. et JCP, Ed. E., 1979 panorama 8117

CE 20 mai 1985 n° de pourvoi 46421 et 47539, Droit Fiscal, 1986, n°635

CE 8 juillet 1985 n° de pourvoi 40.016, 40.017 et 40.018, Droit Fiscal, 1986, n° 563

CE 9 décembre 1985 n° de pourvoi 44155

CE 27 janvier 1986 Les porcelaines de Limoges Castel, RJF, 3/86, n°256

CE 24 février 1988 n° de pourvoi 76603, RJF, 4/88, n°419

CE 8 octobre 1990 n° de pourvoi 18317, RJF, 12/1980, n°975

CE Ass Plen 6 mars 1991 n° de pourvoi 61863, RJF, 1991, n°544

CE 6 novembre 1991 n° de pourvoi 113453, Droit Fiscal, 1992, n°4

CE 22 avril 1992 n° de pourvoi 72934, RJF, 1992, p.257

CE 1er octobre 1993 n° de pourvoi 54551

CE 23 novembre 1998 n° de pourvoi 162176, Droit Fiscal, 1999, n°262

CE 16 février 2999 n° de pourvoi 133296 Droit Fiscal, 2000, n°14

CE 10 avril 2002 n° de pourvoi 226886, Droit Fiscal, 2002, n°27

CE 9 juillet 2003 n° de pourvoi 230116

CE 5 septembre 2008 SNC Vivier promotion

CE 18 mai 2009 SA Chevannes

CE 26 mai 2009 n° de pourvoi 298551

CE 31 juillet 2009 n° de pourvoi 290971

CAA Bordeaux n° 98BX01953 17 octobre 2002, Droit Fiscal, 2003, n°178

CAA Bordeaux 25 mars 2008 n°06BX00826, Feuillet Rapide Francis Lefebvre, n°37-08, p.3

CAA Nancy 31 décembre 1997 Sarl Alsace Havas Publicité,Joly,1998,p.571

CAA Nantes 13 novembre 1991 SA DELAFOY,RJF, 2/92, n°217

CAA Nantes 12 mars 2003 n°98NT02361

CAA Lyon 6 avril 1995 n°93LY01361, 93LY01362, 93LY01432, 93LY01433 et 93LY01434 Droit Fiscal, 1995, n°1709

CAA Paris 13 mai 1993 Société d'investissement et de matériel, Joly, 1993, n°235, p.795

CAA Paris 31 janvier 1996 SA Danone n°94PA01462, Joly, 1996, p.543

CAA Paris n°95PA02795, 22 octobre 1996, Joly, 1997, p.178

CAA Paris 18 avril 1997 n°96PA0021, Joly, 1997, p.917

CAA Versailles 4 mai 2012 société en participation Carré Sénart II

TA Lille 1er février 2007 Eurotunnel

TA Paris 27 novembre 2008 n°02-3419

TA Paris 4 juillet 2011 Cabinet Lovells, Droit Fiscal, 2011, 597

Conseil constitutionnel, décision n°98-401 DC relative à la première loi Aubry sur les trente-cinq heures

Cass Req 23 février 1864, DP 1864. I.136
Cass Req 23 février 1891, DP 1891.I.337
Cass Req 10 décembre 1895, D 1899.I. .518
Cass Req 18 mai 1897, D 1897.I.249
Cass Req 28 novembre 1904, D 1906 . 1 . 109
Cass Req 26 avril 1926, D.H. 1926,282
Cass Req 8 janvier 1946, JCP 1946.II.3053

Cass Ass Plén 26 janvier 2001, Bull AP, n°1 p.1
Cass Ass Plén 14 avril 2006 n° de pourvoi 02-11168
Cass Ass Plén 27 février 2009 n° de pourvoi 07-10841

Cass Civ 21 mars 1876, D 1876.I.198
Cass Civ 5 février 1901, D 1902. I. 141
Cass Civ 31 mars 1936, DH 1936, 300
Cass Civ 21 octobre 1941, S 1943.I.15
Cass Civ 12 mars 1946, D 1946.268
Cass Civ 17 novembre 1952, Gaz. Pal., 1953, p. 128

Cass Civ 1ère 20 juillet 1964, Gaz. Pal., 1964.2.343
Cass Civ 1ère 17 juillet 1980, Bull Civ I, n° 220
Cass Civ 1ère 23 mai 1984, JCP, 1984 IV p.247
Cass Civ 1ère 1987 2 juin 1987, D 1987 IR p.151 et Joly 1987 p.636
Cass Civ 1ère 3 juin 1987, RJDA, 10/97, n°1203
Cass Civ 1ère 13 octobre 1987, Joly, 1987, n°329 p. 796
Cass Civ 1ère 1er mars 1988, Bull Civ I, n°56
Cass. Civ. 1ère 10 mai 1989, Joly, 1989, p. 627
Cass Civ 1ère 29 octobre 1990, Joly, 1990, p.1053
Cass Civ 1ère 5 février 1991, Bull Civ I, n°45

Cass Civ 1ère 29 novembre 1994, RJDA, 1995, n°171
Cass Civ 1ère 20 juin 1995, Bull Civ I, n°263
Cass Civ 1ère 30 janvier 1996, RJDA, 4/1996, p.361
Cass Civ 1ère 16 juillet 1997, Droit des Affaires, 1997, p.1158
Cass Civ 1ère 15 juin 1999, JCP Ed. E., 1999 panorama 1132
Cass Civ 1ère 14 décembre 2004, Bull Civ I, n°322
Cass Civ 1ère 30 mai 2006 n° de pourvoi 03-16335
Cas Civ 1ère 5 février 2009, Bull Civ I, n°23
Cass Civ 1ère 30 avril 2009 n°08-11093
Cass Civ 1ère 20 janvier 2010, D 2010.323
Cass Civ 1ère 15 décembre 2011 n° de pourvoi 10-24550

Cass Civ 2ème 28 janvier 1954, JCP, 1954.II.7978
Cass Civ 2ème 26 mars 1997, Droit des Affaires, 1997, p.637
Cass Civ 2ème 17 janvier 2007 n° de pourvoi 05-13018
Cass Civ 2ème 19 février 2009 n° de pourvoi 07-21413

Cass Civ 3ème 9 avril 1970, D 1970 J726
Cass Civ 3ème 15 février 2006 n° de pourvoi 05-10471
Cass Civ 3ème 29 mars 2006 n° de pourvoi 05-16032
Cass Civ 3ème 8 avril 2008 n° de pourvoi 07-11098

Cass Com 21 novembre 1950, Bull Civ III, n°344
Cass. Com 7 juillet 1953, Bull Civ III, p. 261
Cass Com 10 novembre 1954, Bull Civ III, 1954 n°344
Cass Com 29 juin 1959, Bull Civ III, 1959 n°254
Cass Com 15 juillet 1969, Bull Civ IV, n°271
Cass Com 21 octobre 1970, Bull Civ IV, p. 243
Cass Com 17 novembre 1970, Revue des Sociétés, 1971, p.533
Cass Com 20 janvier 1971, Bull Civ IV, 1971, n°20
Cass Com 3 janvier 1974, D 1974 sommaire p.84
Cass Com 15 mai 1974, Bull Civ IV, n°159
Cass Com 3 février 1982, Joly, 1982, p.281
Cass Com 23 mars 1984, Bull Civ III, n°169

Cass. Com. 23 octobre 1984, Joly,1984, n°452, p.1211
Cass Com 11 février 1986, Joly, 1986, p.256
Cass Com 6 janvier 1987, Joly, 1987, p.97
Cass Com 10 mars 1987, Revue des Sociétés, 1987, p. 587 et Revue de Droit Bancaire et Bourse, 1987, p.98
Cass Com 9 février 1988, Joly, 1988, p.289 et Droit des sociétés, 1988, n°122
Cass Com 22 mars 1988, Revue des Sociétés, 1988, p.595
Cass Com 29 novembre 1988, Joly, 1989, p.195
Cass Com. 17 mai 1989, Joly, 1989, p. 628 et D1989 IR 185
Cass Com 30 mai 1989, RJF, 1989, p.539
Cass Com 13 mars 1990, Bull Civ IV, n°77 et RTD Civ, 1990 p.464
Cass Com 20 novembre 1990, D1990 IR 299 et Revue des Sociétés, 1991, p.71
Cass Com 8 janvier 1991, Joly, 1991, p.330
Cass Com 12 février 1991, Bull Civ IV, n°73
Cass Com 12 mars 1991, RJDA, 1991, n°413
Cass Com 7 janvier 1992, Bull Civ IV, n°3
Cass Com 15 juin 1993, RJDA, 1993, n°696
Cass Com 12 octobre 1993, Revue des Sociétés, 1994, p.283, Joly, 1993, p. 1265 et Droit des Sociétés, 1994, n°1
Cass Com 15 février 1994 sur pourvoi de CA Rouen 22 janvier 1992, JCP, 1994.IV.n°1053
Cass Com 8 mars 1994, RJDA, 1994, n°815
Cass Com 24 mai 1994, Joly, 1994, p.797
Cass Com 7 juin 1994, Revue des Sociétés, 1995, p.38
Cass Com 10 janvier 1995, RJDA, 1995, n°596
Cass Com 1er octobre 1996, D 1996 IR 252 et Droit des Affaires, 1996, p.12
Cass Com 17 janvier 1997, Bull Civ IV, n°6 et D 97 Som 232
Cass Com 7 octobre 1997, Bull Civ IV, n°243
Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99
Cass Com 25 novembre 1997 n° de pourvoi 95-17631
Cass Com 13 janvier 1998, Droit des affaires, 1998, n°13, p.343 et JCP, 1998 PAN, p.413
Cass Com 24 février 1998 n° de pourvoi 95-21542
Cass Com 16 juin 1998, RJDA, 10/98, n°1113, Droit des Affaires, 1998, p.1537 et JCP, 1998, PAN, p.1383
Cass Com 7 avril 1998, RJDA, 7/1998, n°863

Cass Com 16 juin 1998, JCP, Ed. E., 1998, panorama 1383, Droit des Affaires, 1998, p.1537 et RJDA, octobre 1998, n° 1113
Cass Com 18 novembre 1997, Joly, 1998, p.99
Cass Com 20 juin 2000 n° de pourvoi 96-18942
Cass Com 16 janvier 2001, Bull Civ IV, 2001, n°10
Cass Com 20 novembre 2001, D 2002 actualité jurisprudentielle et Joly, 2002, p.277
Cass Com 23 juin 2004, Joly, 2005, p.296
Cass Com 8 mars 2005 n° de pourvoi 02-17448
Cass Com 4 juillet 2006 n° de pourvoi 03-12534
Cass Com 11 juillet 2006 n° de pourvoi 04-16759
Cass Com 7 juin 2006 n° de pourvoi 01-12494
Cass Com 12 octobre 2006 n° de pourvoi 04-19083
Cass Com 10 juillet 2007 D 2007.2839
Cass Com 9 octobre 2007 n° de pourvoi 06-13895
Cass Com 16 octobre 2007 n° de pourvoi 05-19756 et 05-19758
Cass Com 23 octobre 2007, Bull Civ IV, n°224
Cass Com 29 janvier 2008, Joly, 2008, n°138
Cass Com 29 janvier 2008, n° de pourvoi 06-15698
Cass Com 4 mars 2008, n° de pourvoi 06-16427
Cass Com 6 mai 2008, D 2008.1408 et D 2008.2113
Cass Com 14 mai 2008, n° de pourvoi 06-20631 et 06-20833
Cass Com 20 mai 2008, D 2008.1549
Cass Com 3 juin 2008, n° de pourvoi 07-14990
Cass Com 7 avril 2009, n° de pourvoi 07-18907
Cass Com 26 mai 2009, Joly, 2009, n°189
Cass Com 31 janvier 2012 n° de pourvoi 11-11946
Cass Com 21 février 2012 n° de pourvoi 10-12212
Cass Com 3 avril 2012 n° de pourvoi 11-14097
Cass Com 15 mai 2012 n° de pourvoi 11-30192
Com Com 26 juin 2012 n° de pourvoi 11-18337

Cass Crim 2 août 1937, S 1941.1.161
Cass Crim 27 mai 1942, JCP, 1943.1.2259
Cass Crim 26 juin 1973, Bull Crim, n°297

Cass Crim 28 octobre 1981, JCP, 1982.IV.21
Cass Crim 10 mars 1998, Bull Crim, 1998, n°95
Cass Crim 25 avril 2006 n° de pourvoi 05-84239
Cass Crim 27 septembre 2006 n° de pourvoi 05-87162
Cass Crim 26 mai 2010, D 2010.1792

Cass Soc 17 avril 1991, RJDA, juin 1991, n° 493
Cass Soc 13 juin 1991, RJDA, octobre 1991, n° 809
Cass Soc 14 mai 1992, Bull Civ V, 1992, n°313
Cass Soc 13 janvier 1994, RJDA, mai 1994, n° 521
Cass Soc 18 décembre 1997, RJS, 1998, n°233
Cass Soc 13 janvier 2000, Bull Civ V, 2000, n°20
Cass Soc 28 mars 2002, RJS, 2002, n°746
Cass Soc 13 février 2003, RJS, 2003, n°540
Cass Soc 14 juin 2006 n° de pourvoi 04-43675
Cass Soc 25 septembre 2007 n° de pourvoi 06-41573
Cass Soc 22 octobre 2008 n° de pourvoi 07-40368

CA Aix-en-Provence 2 février 2006 ct0024
CA Amiens 1er février 1993, Gaz. Pal. 1993.II.sommaire 592
CA Chambéry 3 novembre 1986, Gaz. Pal., 1987.1.133
CA Colmar 13 juin 1990, D1991.J 97
CA Dijon 11 février 1874, DP 1875 .2. p.55
CA Dijon 21 mars 2000 sur renvoi de la Cass Soc 20 janvier 1999 n° de pourvoi 96-44637
CA Douai 28 juillet 1906, D 1908.5.13
CA Douai 8 mars 1990, D1990.IR 87
CA Douai 12 octobre 1995, Revue des Procédures Collectives, 1996.I p.98
CA Lyon 14 octobre 1946, JCP, 1947.II. n° 3858
CA Nîmes 24 octobre 1973,Quotidien Juridique, 9 janvier 1975
CA Paris 27 janvier 1876, D1879.210
CA Paris 29 juin 2893, DP 1894.2.437
CA Paris 23 mars 1935, Gaz. Pal., 1935. I.p.774
CA Paris 7 juillet 1975, Gaz. Pal., 1975.II.727
CA Paris 2 février 1983, Revue des Sociétés, 1984, p.542

CA Paris 9 juin 1984, D 1984 IR 81

CA Paris 11 juin 1987, Joly, 1987, p.719

CA Paris 22 septembre 1987, D 1987 IR 22

CA Paris 13 octobre 1987, Joly, 1988, p.937

CA Paris 2 décembre 1987, Joly, 1988, n°121, p.375

CA Paris 24 mars 1988, BRDA, 18/88, p.4

CA Paris 2 mai 1990, JCP, 1990.2.21575

CA Paris 3 mai 1990, D 1990 IR 42

CA Paris 29 octobre 1990, D 1992 sommaire 117

CA Paris 4 juin 1991, Joly, 1991, p.835

CA Paris 3 avril 1992, Joly, 1992, n°219, p.669

CA Paris 26 juin 1992, RJDA, 1992, p.907

CA Paris 5 juillet 1994, RDJA, 1994, p.1009

CA Paris 6 juin 1996, D 1996 IR 180 et JCP, Ed. E., 1996 panorama 777

CA Paris 13 mai 1997, RJDA, janvier, 1998, n° 51

CA Paris 2 novembre 1998, JCP, Ed. E ., 1998 panorama p.1905

CA Paris 26 novembre 1999, Joly, 2000, p.433

CA Paris 22 février 2000, D2000 IR 107

CA Paris 6 mars 2006 ct0090

CA Pau 25 octobre 2005, Joly, 2006, n°78, p.389

CA Poitiers 20 avril 1988, JCP, Ed. E., 1989. 15591

CA Rennes 28 janvier 1856, D 1856.2.182

CA Rouen 6 novembre 1980, Gaz. Pal., 1981, p.249

CA Rouen 14 septembre 1994, RJDA, 1994, n°1345

CA Mixte Saigon 15 janvier 1954, Gaz. Pal., p.192

CA Toulouse 25 octobre 1995, Bull Inf. C.Cass, 1996, n°276

CA Versailles 3 février 1994, Joly, 1994, p.533

CA Versailles 6 juin 2996, D 1996 IR 221

CA Versailles 13 septembre 2007, D 2007.2739

TGI Aix-en-Provence 9 novembre, 1972, Gaz. Pal., 1973.2.532

TGI Carcassonne 21 juillet 1994, Bull Inf. C. Cass, 1995, n°202

TGI Briey 12 octobre 1995 Bull inf. C. Cass 1996 n°206

TGI Paris 23 février 2006 ct0087

TGI Paris 22 mars 2006 ct0087
T Com Paris 27 septembre 1994, Gaz. Pal., 1994 .I..sommaire 224
T Com Lyon 6 février 1951, D 1951 p.432
T Com Paris 7 avril 1992, RJDA, 10/1992, n°915

CJCE 31 octobre 1974 Centrafarm, Rec. CJCE,1974, p.1147
CJCE 27 septembre 1988 affaire 81/87, The Queen contre H.M. / Treasury and Commissioners of Inland Revenu, ex parte Daily Mail ang General Trust plc.
CJCE Höfner et Elser 23 avril 1991, Rec. CJCE, 1991, I, p.1979
CJCE Polysar Investments Netherlands BV 20 juin 1991, Rec. CJCE, 1991, p.I-3111
CJCE Sofitam SA 22 juin 1993, Rec. CJCE, 1993, p.I-03513
CJCE 25 mars 1996 affaire SPO
CJCE 24 octobre 1996 affaire Viho
CJCE 19 mai 2009 affaire Apothekammer des Saarlandes

TPICE 10 mars 1992 affaire 68/89
TPICE 21 février 1995 affaire SPO
TPICE 12 janvier 1995 affaire Viho

Commission européenne décision 25 juillet 1977 De Laval – Storck, JOCE, n°L215 du 23 août 1977
Commission européenne décision 1er avril 1992 Armateurs
Commission européenne décision 23 décembre 1992 Cerval
Commission européenne décision 8 septembre 1993 Rhône Poulenc / SNIA
Commission européenne décision 4 décembre 1996 St Gobain / Walker-Chemie JOCE, n° L247
Commission européenne décision 28 avril 2000 Woco/ Michelin, JOCE, n° C 187 du 6 juillet 2000
Commission européenne décision 26 mai 2000 Carrefour / Marinopoulos, JOCE, n° C 183 du 30 juin 2000

Conseil de la concurrence 23 février 1978 avis « Publicité sur les Abribus »
Conseil de la concurrence 12 avril 2000, décision « Les carrières de Sainte-Marthe »

Conseil de la concurrence : lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 2 octobre 2000 société Casino
Autorité de la Concurrence, décision n°12-D-06 du 26 janvier 2012

Avis SBF n°94-3545 du 1er décembre 1994

Conseil des Marchés Financiers, décision n°197C0737 du 19 décembre 1997
Conseil des Marchés Financiers, décision n°200C0202 du 23 février 1998
Conseil des Marchés Financiers, décision n°197C0737 du 7 février 2000
Conseil des Marchés Financiers, décision n°203C0807 du 27 août 2003
Autorité des marchés financiers, information n°204CI206 du 11 octobre 2004

VI Autres

Testes législatifs et réglementaires particuliers

Article 12 f ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne des autorités fédérales de la Confédération Helvétique
Code Suisse des Obligations titre 23 articles 530 à 551
Bürgeliches Gesetzbuch ou BGB articles 705 et suivants
Handelsgesetzbuch articles 230 et suivants

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Traité de Canterbury 12 février 1986 relatif au tunnel sous la Manche accompagné du contrat de concession quadripartite « Liaison Fixe Transmanche » et contrat de concession conclu le 14 mars 1986

Règlement 2659/2000 du 29 novembre 2000 JOCE 2000 L 304 relatif à l'innovation
Commission UE règlement n°1217/2010 du 14 décembre 2010 relatif aux accords de recherche et de développement JOUE 18 décembre 2010 p.36

Commission européenne, communiqué du 25 juin 2008, D 2008 p.36 à propos de la PME européenne

Article 90 Loi du 29 juillet 1982 relative à la diffusion des œuvres cinématographiques
Ordonnance 2009-901 du 24 juillet 2009 relative à la diffusion des œuvres cinématographiques
Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 relative aux professions judiciaires et juridiques réglementées
Eclairage « La modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées », Joly 2010, p.806
Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 modifiée par la loi du 17 février 2009, relative aux contrats de partenariat

Decret du 7 mars 2001 relatif aux mesures favorisant l'accès aux PME à la commande publique

Réponse ministérielle, septembre 1975, Revue des Sociétés, 1975, p.747
Réponse ministérielle Rufenacht 8 septembre 1979, JOAN, 8 septembre 1979, p.7151, n°12029
Réponse ministérielle, Revue des Sociétés, 1990, p.161
Réponse ministérielle, JO du 14 février 2002, Joly, 2002, p.41
Réponse ministérielle 27 mars 2003, JO Sénat, 27 mars 2003
Les Notes Bleues de Bercy, « La lutte contre les abus financiers internationaux », du 16 au 31 octobre 2001, n°216

Bull CNCC septembre 1994, n°95, p.592 à propos de la consolidation

Divers et nomenclatures

Attali, *Les juifs, le monde et l'argent,* Fayard, 2002
Charpin D., *Hammu-rabi de Babylone*, PUF, 2003
Dictionnaire des Œuvres Laffont- Bompiani, tome IV, Robert Laffont, collection Bouquins 1984
Jerphagnon L., *Les divins Césars*, Tallendier 2004
Kant E., *Métaphysique des mœurs, première partie, doctrine du droit,* Librairie Philosophique J. Vrin, édition de 1993
Platon, *La République*, Livre VII, Les Belles Lettres, 8ème édition, 1975

Chambre de Commerce française en Turquie, « Le droit des affaires en Turquie », GNL, Istanbul, 2005
CNPF, rapport Viénot 1995, rédigé pour l'Association Française des Entreprises Privées et pour le CNPF
S.B.B., profession des experts-comptables (OECCA) : « L'exercice professionnel sous forme de sociétés : l'Europe s'interroge », mars 1992

Jugie J.-J., « Eurotunnel en panne », Les Affiches Moniteur, 2 avril 2004, p.11
Théma Arte, Soirée spéciale « Les Stones »,14 juillet 2002

Rapport annuel Eurotunnel 1998 y compris l'annexe et les rapports du commissaire aux comptes
Rapport de gestion Eurotunnel SA 2002
Rapport d'activité du groupe Würth 1998

Index

Renvois aux numéros

A

B

C

N

O

P

Liste des principales abréviations utilisées

ACP	Autorité de contrôle prudentiel
AJDA	Actualité juridique droit administratif
BA	Bénéfice agricole
BIC	Bénéfice industriel et commercial
BNC	Bénéfice non - commercial
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull AP	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull Civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull CNCC	Bulletin de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes
Bull inf. C. Cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass Civ 1ère	Cour de cassation, première chambre civile
Cass Civ 2ème	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass Civ 3ème	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass Crim	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass Com	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass Soc	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CET	Contribution économique territoriale
CGI	Code général des impôts
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
D.	Recueil Dalloz
DS	Dalloz Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IR	Impôt sur le revenu
IS	Impôt sur les bénéfices ou impôt sur les sociétés

JCP	Semaine juridique
JCP Ed. E.	Semaine juridique, édition enterprise
JCP Ed. N.	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Joly	Bulletin mensuel d'information des sociétés
Joly Bourse	Bulletin Joly, Bourse et produits financiers
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
MTP	Marchés et travaux publics
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
Revue de droit bancaire	Revue de droit bancaire et de la bourse
RFC	Revue française de comptabilité
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJ Com	Revue de jurisprudence commerciale
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
T Com	Tribunal de commerce
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TVA	Taxe à la valeur ajoutée

Table des matières



Emmanuelle Vierling-Kovar

Le contrat de société en participation





Résumé

La société en participation ne s'analyse pas comme une société classique. Elle ne se dissout pas, elle est résolue ou résiliée, comme tout contrat de partenariat. Sa force, sa réalité, demeure dans le contrat librement choisi par les participants, tant dans son élaboration que dans l'organisation même de la société, situation intermédiaire entre un contrat classique et les sociétés institution. C'est l'application du principe d'autonomie de la volonté. Dans ce cas de figure, l'affectio societatis se rapproche le plus de la notion de jus fraternitatis, du moins lors de l'élaboration des statuts, ce que certains auteurs nomment l'affectio contractus. Finalement, en raison de son caractère éminemment contractuel, à la place de société en participation, ne faudrait-il pas plutôt l'appeler contrat de société en participation ? Il s'agit dès lors de lui reconnaître son caractère de contrat à part entière, un contrat nommé du Code civil. La jurisprudence semble aller dans ce sens.

Résumé en anglais et mots-clés

The joint-venture company cannot be analysed like a typical firm. It cannot be dissolved; it is solved or cancelled, as is any partnership agreement. Its strength, its reality, remains in the contract freely chosen by the participants, both in its elaboration and in the very organization of the firm, which consists in an intermediate situation between a classic contract and an "institution firm". It is the application of the principle of will autonomy. In such a case, the "affectio societatis" is as close as it gets to the notion of "jus fraternitatis", at least during the elaboration of the statutes which some authors name the "affectio contractus". Eventually, because of this eminently contractual character, instead of joint-venture firm, should we not call it a firm participation partnership? What's at stake here is the acknowledgment of its full contract character, as a contract named by the Civil code. The jurisprudence seems to go in that direction.

Mots-clés : adhocratie, affectio societatis, apparence, bilan fiscal, cession, chef de file, coproduction, commissionnaire, cotraitance, indivision, innovation, joint-venture, mise à disposition, patrimoine, pool bancaire, pool d'actionnaires, pool d'investissement, procédures collectives, SEL, société créée de fait, société non révélée, travaux publics.